Windscheid, Bernhard

Lehrbuch des Pandektenrechts

Bd.: 2

Frankfurt a.M. 1891

Windscheid

Lehrbuch

des

Pandektenrechts

von

Dr. Bernhard Windscheid
Professor an der Universität Leipzig.

Zweiter Band.

Siebente durchgesehene und vermehrte Auflage.

Frankfurt a. M.
Literarische Anstalt.
Rütten & Loening.
1891.

Inhaltsverzeichniß zum zweiten Band.

Viertes Buch.

Das Recht der Forderungen.

Fünftes Buch.

Das Familienrecht.

Viertes Buch.

Das Recht der Forderungen*.

Erstes Kapitel.

Von den Forderungen überhaupt.

I. Begriff des Forderungsrechts**.

§ 250.

Die Forderungsrechte bilden eine Unterart der persönlichen Rechte. Persönliche Rechte sind diejenigen Rechte, kraft deren der Wille des Berechtigten maßgebend ist für das Verhalten eines dem Berechtigten

* Besondere Bearbeitungen des Rechts der Forderungen sind: Bucher das Recht der Forderungen. 1815. 2. Aufl. 1830. — Unterholzner quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung. 2 Bde. 1840. — Savigny das Obligationenrecht. 2 Bde. 1851. 1853. (Unvollendet.) — Molitor les obligations en droit romain avec l'indication des rapports entre la législation romaine et le droit français. 3 tomes. 1851—1853. — Koch das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preußischem Recht mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen. 3 Bde. 1836—1843. 2. Aufl. 1859. 1860. Ryk die Lehre von den Schuldverhältnissen nach gem. deutschen Recht. 3 Lieferungen. 1883. [1887. 1889]. -- Hasenöhrl das österreichische Obligationenrecht 1. Bd. 1878. 1881. [2. Bd. 1. Abth. 1886. Vgl. Krasnopolski Zeitschr. f. HR. XXVII S. 313 fg. XXXIV S. 583 fg.] — Die Werke von Unterholzner und Molitor sind nach dem Tode ihrer Verfasser herausgegeben worden.

** Savigny Oblig. I § 2—4 (1851). Brinz krit. Blätter III S. 3—11. Pand. 1. Aufl. S. 361 fg. 534 fg. Grünhut's Zeitschrift S. 11 fg. Pand. 2. Aufl. II S. 1 fg. (1852. 1860. 1874. 1879). Kuntze die Obligation und die Singularsuccession § 1—6. Lehre von den Inhaberpapieren § 54—58 (1856. 1857). Unger österreich. Privatr. I S. 539—553 (1856). Hartmann die Obligation S. 20 fg. 119 fg. (1875). (Vgl. zu dieser Schrift Scheurl krit. VJSchr. XVIII S. 481 fg., Pernice Zeitschr. f. Handelsr. XXI S. 318 fg., Rümelin Gött. Gel. Anzeigen 1876 S. 929 fg., Steinlechner in Grünhut's Zeitschr. III S. 715 fg.) Sohm in Grünhut's Zeitschr. IV S. 457—473 (1877). Thon Rechtsnorm und subjectives Recht S. 191 fg. (1878). Ryk die Obligation (1878). v. Schey Grünhut's Zeitschr. IX S. 359 fg. (1882). Bierling zur Kritik der juristischen Grund-

gegenüberstehenden Einzelnen (oder einer Mehrheit von Einzelnen), im Gegensatz der dinglichen Rechte, kraft deren der Wille des Berechtigten maßgebend ist für das Verhalten der Menschen in Betreff einer Sache (I § 39). Aus dem Kreise der persönlichen Rechte muß man, um zum Begriff des Forderungsrechts zu gelangen, die Familienrechte aussondern, d. h. diejenigen Rechte, welche, wie sie auf einem Familienverhältniß beruhen, so die dem Familienverhältniß innewohnende sittliche Idee zum Ausdruck zu bringen bestimmt sind (I § 39 Ziff. 2). Die übrig bleibenden persönlichen Rechte sind die Forderungsrechte.

Die Forderungsrechte enthalten, wie alle Rechte, einen dem Berechtigten zu eigen gegebenen Befehl der Rechtsordnung[1], und der Inhalt dieses Befehls ist, wie der aller Befehle der Rechtsordnung, daß derjenige, an welchen der Befehl ergeht, seinen Willen in gewisser Weise zu einem äußeren Verhalten bestimme, daß er in gewisser Weise handele (I § 37)[2]. Die Handlung, welche von dem Forderungsrecht

begriffe II S. 198 fg. (1883). Ryk Schuldverhältnisse (S. 3 fg. (1883). Rümelin Arch. f. civ. Pr. LXVIII S. 151 fg. (1885). [Brinz Arch. f. civ. Pr. LXX S. 371 fg. (1886). Kuntze die Obligationen im römischen und heut. Recht 2c. S. 90—125 (1886). Darüber Puntschart krit. VJSchr. XXIX S. 481 fg.]

§ 250. [1] Die Forderungsrechte gebieten wie alle Rechte. Wenn man sagt: es könne kraft des Forderungsrechts gefordert, der Wille dahin geltend gemacht werden, daß eine fremde Person ihren Willen in einer gewissen Weise bestimme, so gibt man dem Irrthum Raum oder veranlaßt ihn, als bestehe die Substanz des Forderungsrechts im Fordern, als thue der durch das Forderungsrecht Gebundene nur dann Unrecht, wenn er einer an ihn gerichteten Anforderung nicht gehorche, was im Begriff des Forderungsrechts so wenig wie des Rechts überhaupt liegt. Insofern ist auch der Ausdruck Forderungsrecht nicht einwandsfrei; doch entspricht er dem Sprachgebrauch des Lebens. — Die Legaldefinition in pr. I de obl. 3. 13: „Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura".

[2] Die Forderungsrechte sind Rechte auf eine Handlung; aber sie sind nicht Rechte an einer Handlung oder über eine Handlung (Puchta Pand. § 219. Inst. I § 30, Savigny Obl. I S. 4. System I S. 339, Kuntze die Obligation 2c. S. 3—6). Indem man die Forderungsrechte Rechte an einer Handlung oder über eine Handlung nennt, stellt man die Handlung, welche kraft derselben gefordert werden kann, der Sache gleich, dem Existirenden das Nichtexistirende, dem Bleibenden das Vorübergehende. Das kann nicht aufklären, sondern muß verwirren und irreführen. Von dieser Auffassung aus ist Kuntze zu der Vorstellung gelangt, daß die Handlung als Object des Forderungsrechts untergehen könne, und entwickelt aus derselben ein, wie er glaubt, entscheidendes Argument gegen die Möglichkeit der Sondernachfolge in Forderungsrechte (vgl. § 329 Note 10). Dagegen Windscheid die Actio S. 154 fg. (krit. Ueberschau VI S. 221 Note *). [S. jetzt auch Kuntze selbst, die Obligationen im röm. u. heut. R. S. 106 („läßt sich allenfalls sagen").] Gegen die hier bekämpfte Auffassung des Forderungsrechts haben sich ferner ausgesprochen: Brinz krit. Blätter III S. 4, Bekker Heid. krit. Zeitschr. III S. 450, Fitting Correaloblig. S. 29, Ziebarth die Realexecution und die Obligation (Halle 1866) S. 23 fg., Bruns in v. Holtzendorff's

geboten wird, hat regelmäßig einen Geldwerth für den Berechtigten. Daß sie einen Geldwerth haben müsse, mit anderen Worten, daß eine Thatsache, welche an und für sich ein Forderungsrecht zu erzeugen im Stande ist, ein Forderungsrecht auf eine in Geld nicht zu veranschlagende Handlung zu erzeugen nicht im Stande sei, ist eine zwar oft aufgestellte, aber nicht zu rechtfertigende Behauptung[3].

Encycl. I S. 269 (332. 354. 408). — Schott der obligatorische Vertrag unter Abwesenden (1873) S. 45 fg. verwirft nicht bloß das Recht „an" einer Handlung und „über" eine Handlung, sondern auch das Recht „auf" eine Handlung; die Obligation sei nicht Recht auf eine Handlung, sondern ein Recht am Vermögen (vgl. § 252 Note 1). Die Gründe scheinen mir nicht schwer zu widerlegen. — Auch Hartmann a. a. O. will das Moment der Handlung aus dem Begriff der Obligation entfernen; die Obligation sei darauf gerichtet, daß der Gläubiger bekomme, nicht wesentlich darauf, daß er durch die Handlung des Schuldners bekomme. Doch erkennt auch Hartmann an, daß die Obligation „in erster Linie" auf eine Thätigkeit des Schuldners gehe, und ich möchte glauben, daß in allen Fällen, wo die Obligation durch ein Bekommen des Gläubigers getilgt wird, welches nicht (direct oder indirect) vom Schuldner ausgeht, dieß eine Consequenz nicht aus dem Begriff, sondern aus dem Zweck der Obligation sei. Vgl. das Nähere § 343a Note 5. Gegen Hartmann auch Scheurl a. a. O. S. 484 fg., Pernice a. a. O. S. 330 fg., Sohm in Grünhut's Zeitschr. IV S. 472 Anm. 31, Dernburg Preuß. Privatr. II § 1 Note 2, v. Schey Grünhut's Zeitschr. IX S. 376 Note 98, [Dernburg Pand. II § 2 Note 1, Mitteis die Individualisirung der Obligation S. 8 fg. (dazu Pernice Zeitschr. f. HR. XXXIII S. 435)]. — Nach Sohm a. a. O. ist die Obligation zwar ein Recht auf eine Handlung, aber ein Recht auf eine freie Handlung; daher werde durch die Execution nicht der der Obligation entsprechende Zustand hergestellt, sondern der ihr widersprechende; die Execution erfolge nicht kraft eines Rechts des Gläubigers, sondern kraft eines Satzes des öffentlichen Rechts. Gegen Sohm s. Thon Rechtsnorm und subjectives Recht S. 235 fg. — Brinz Pand. 2. Aufl. a. a. O.: die Obligation ist kein Sollen, sondern ein Müssen; sie begründet nicht Willensunterwerfung (S. 31), sondern „Haftung", d. h. der Schuldner ist mit seinem Vermögen „Satisfactionsobject"; wenn er nicht leistet, wird ihm sein Vermögen genommen; sie hat nicht Compulsiv- sondern Ablativkraft. Brinz steht unter dem Banne der Idee, daß obligatio personae und obligatio rei begrifflich in Einen Begriff zusammengehen (vgl. I § 224 Note 8). Gegen Brinz Rümelin a. a. O. [Gegen Rümelin Brinz Arch. f. civ. Pr. a. a. O. (Note **). Gegen die Haftung auch Kohler Grünhut's Zeitschr. XIV S. 3 fg.] — In anderer Weise verwerthet den Begriff der „Haftung" Puntschart die fundamentalen Grundlagen des röm. Privatr. (1885) S. 70 fg. [vgl. krit. VJSchr. XXIX S. 493 fg.]. Sie ist ihm die „objectivrechtliche" Grundlage, aus welcher sich das subjective Recht des Gläubigers erst als Folge ergibt. — Ob wohl die angespannte Gedankenarbeit, die auf diese Untersuchungen verwendet worden ist, eine entsprechende Frucht gebracht hat?

[3] Diese Behauptung wird namentlich auf l. 9 § 2 D. de statulib. 40. 7 gestützt: — „ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt". Allein die Entscheidung, zu deren Begründung hier dieser Satz aufgestellt wird, ist, daß eine Obligation auf Verschaffung des Eigenthums an einem freien Menschen nicht bestehen könne, und Verschaffung des Eigenthums an einem freien Menschen ist nicht sowohl eine Handlung ohne Vermögenswerth, als eine unmögliche Handlung. Ueberdieß weiß Jeder, wie mißlich es ist, solche gelegent-

§ 251.

Was die Bezeichnungsweise angeht, so wird statt „Forderungsrecht" auch „Forderung" schlechthin gesagt[1]. Die dem Forderungs=

---

lich gemachte allgemeine Aussprüche der Quellen beim Worte zu nehmen. Nun gibt es zwar ferner eine Reihe von Quellenstellen, in welchen der wirkliche Grund der ein Forderungsrecht zurückweisenden Entscheidung der ist, daß der Gläubiger an der geschuldeten Handlung kein Vermögensinteresse habe, so namentlich l. 7 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 38 § 17 l. 95 D. de V. O. 45. 1; allein diese Stellen erklären sich vollkommen aus der Nothwendigkeit der Geldcondemnation, in deren Voraussetzung sie geschrieben sind (anders Ihering in dem unten citirten Aufsatz S. 80 fg.). Und trotz dieser Nothwendigkeit werden in anderen Stellen Forderungsrechte auch ohne Vermögensinteresse des Gläubigers anerkannt, so in l. 11 § 1 l. 16 § 1 D. quod vi 43. 24, l. 3 § 13 D. de hom. lib. exh. 43. 29, l. 6 pr. D. de serv. exp. 18. 7, und namentlich in l. 54 pr. D. mand. 17. 1; es ist anzunehmen, daß der Judex hier auf eine durch sein Ermessen zu bestimmende Geldsumme (vgl. l. 14 § 1 D. de serv. corr. 11. 3) verurtheilt habe (Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. II S. 538—540, Mommsen Lehre vom Interesse S. 124—133, Ihering a. a. O. S. 60: Geld zum Zweck der Satisfaction). [Ubbelohde Forts. von Glück, Serie der Bücher 43 u. 44, I S. 46—49.] Wollte der Jurisdictionsmagistrat die Sache selbst in die Hand nehmen, so konnte er auch mit Verhängung von Geldstrafen vorgehen, wie das namentlich für den Fall der Verpflichtung zu einer schiedsrichterlichen Entscheidung bezeugt ist, l. 3 § 1 l. 32 § 12 D. de recept. 4. 8, s. ferner l. 92 de cond. 35. 1 und dazu III § 634 Note 1. Zur Vergleichung können auch diejenigen Stellen hierher gezogen werden, in welchen ein Zwang zu einer Leistung, die keinen Geldwerth hat, anerkannt ist, ohne daß auf dieselbe ein Forderungsrecht erwachsen ist, l. 7 D. de annuis 33. 1, l. 44 D. de manum. test. 40. 4, l. 14 § 2 D. de rel. 11. 7, vgl. l. 11 § 25 D. de leg. III° 32, — so wie diejenigen Stellen, in welchen in anderen Beziehungen einem Interesse, welches kein Geldinteresse ist, Berücksichtigung geschenkt wird, l. 35 D. de min. 4. 4, l. 36 D. de bon. lib. 38. 2, l. 71 D. de evict. 21. 2 (anders l. 131 § 1 D. de V. O. 45. 1). Im heutigen Recht darf weder die Condemnations= noch die Execcutionsfrage Schwierigkeit machen; die Condemnationsfrage nicht, weil wir das Princip der Geldcondemnation nicht mehr haben, die Executionsfrage nicht, weil der Richter nach CPO. § 774. 775 die Befolgung seines Urtheils durch Strafen erzwingen kann (ein Recht, welches ihm auch schon früher nach J. R. A. § 162 und der Praxis nicht bestritten werden durfte, s. die Lehrbücher des Civilprocesses von Martin § 262, Linde § 374, Bayer § 336, Osterloh § 235, Wetzell § 50 a. E., ferner Wächter Erörter. II S. 27, und vgl. auch Arch. f. civ. Pr. LV S. 387 fg.; Seuff. Arch. XXV. 293. 239). Für das heutige Recht darf daher das Princip aufgestellt werden, daß einem im Uebrigen rechtsbeständigen Forderungsrecht nicht deßwegen die Anerkennung versagt werden darf, weil die Leistung, auf welche es geht, für den Gläubiger keinen Geldwerth hat. Daraus folgt freilich nicht, daß der Richter in allen Fällen seinen Arm zu leihen habe, wo etwas gefordert wird, was für den Fordernden keinen Geldwerth hat. Der Richter wird seine Befugnisse nicht überschreiten, wenn er seine Hülfe überall versagt, wo der Forderung eine bloße Laune zu Grunde liegt, und seine Hülfe nur da gewährt, wo die Forderung der Ausdruck eines nach seinem Ermessen berechtigten Interesse ist. Aber wenn ich z. B. mir von meinem Nachbar versprechen lasse, daß derselbe ein mich in meinen Arbeiten störendes Clavierspielen unterlasse, wird man dann meinem Nachbar die Freiheit gestatten wollen, ungestraft den Vertrag zu brechen? Zu eng ist es

rechte entsprechende Verpflichtung heißt „Schuld“; jedoch zeigt der Sprachgebrauch eine entschiedene Neigung, diesen Ausdruck auf Geld=

daher, wenn Puchta § 220 (vgl. auch Buchka Stellvertretung S. 190. 191) von dem Geldinteresse nur da absehen will, „wo die Forderung für den Gläubiger zugleich eine sittliche Pflicht ist“. Vgl. auch Jhering a. a. O. S. 91 (dazu aber auch unten § 314 Note 8). Ohne alle Beschränkung hat sich (mit besonderer Rücksicht auf den Vertrag zu Gunsten eines Dritten) für die Zulässigkeit von Forderungsrechten auf Leistungen, welche keinen Geldwerth für den Gläubiger haben, erklärt (nur bei der römischen Stipulation sei es anders gewesen) Heyer Abhandlungen Nr. 1 (1841) und Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III S. 1 fg. (1847); jedoch ist seine Beweisführung nicht genügend. Vgl. darüber Sintenis II § 102 Note 4, Girtanner Bürgschaft S. 63 fg., Buchka Stellvertretung S. 4 fg., Vangerow III § 608 Anm. Nr. I. 1, aber auch die Bemerkung Rudorff's zu Puchta § 220. l. Anerkannt ist das hier Gesagte von Rudorff a. a. O. und zu Note i das.; übereinstimmend auch, in beachtenswerther Ausführung, Ziebarth in der in Note 2 citirten Schrift S. 29 fg. 171—172, ferner Unger der revidirte Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen (Wien 1861) S. 52 fg. Jahrb. f. Dogm. X S. 58 Note 72, Bruns in v. Holtzendorff's Encycl. I § 48, Exner Pfandrechtsbegriff S. 52 Anm. 112, Zimmermann stellvertretende Negotiorum Gestio S. 51 fg., Thon Rechtsnorm und subjectives Recht S. 189. 203, und vor Allem in ausführlicher und gründlicher Entwickelung Jhering in einem 1878 erstatteten Rechtsgutachten, abgedruckt in Jahrb. für Dogm. XVIII S. 41 fg.; jetzt auch Goldschmidt Handelsr. 2. Aufl. II S. 82 Anm. 26 (anders in der 1. Aufl. § 64 Anm. 31), ebenso Hasenöhrl I S. 21 fg. Ferner ist der Ausführung der hier vertheidigten Ansicht gewidmet die Inauguraldissertation von L. Kleine, Berlin 1884, und vgl. auch G. Lehmann die Schutzlosigkeit der immateriellen Lebensgüter beim Schadenersatz, Dresden 1884. S. ferner die Erkenntnisse bei Seuff. Arch. II. 272, XXV. 239, XXXII. 214, und bei Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock II. 30; vgl. auch Seuff. Arch. XXXII. 210, XXXVIII. 14. Widersprechend Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse (1866) S. 64 fg., Hartmann über den rechtlichen Begriff des Geldes S. 49 Anm. 1. die Obligation S. 54. 55, Brinz 2. Aufl. II S. 94, Meili Zeitschr. für Handelsrecht XXIV S. 362 fg., Eck in v. Holtzendorff's Encycl. 4. Aufl. I S. 465, Dernburg Preuß. Privatr. II § 21, Ryk Schuldverhältnisse S. 6 fg. (unklar: es soll eine geldwerthe Leistung, aber kein Vermögensinteresse erforderlich sein). Neuner's Gründe sind im Wesentlichen, daß die richterliche Strafverhängung dem Gläubiger nicht (mit Sicherheit) verschaffe, worauf sein Interesse gehe, und daß sie gar nichts helfe bei unmöglich gewordener Leistung. Also weil dem Gläubiger nicht vollständig geholfen werden kann, soll ihm gar nicht geholfen werden? Hartmann verweist auf die Möglichkeit, sich durch Conventionalstrafe zu sichern; aber die Frage ist eben, ob diese Möglichkeit zur rechtlichen Nöthigung zu erheben ist. [Für das Erforderniß des Geldwerths ferner Dernburg Pand. II § 17, Wendt Pand. § 186; gegen dasselbe für das heutige Recht Kuntze die Obligationen im röm. u. heut. Recht S. 123 fg.]

[1] Es wird die Thatsache genannt statt des Rechts auf die Thatsache, wie wir „Anspruch“ sagen statt „Recht zum Ansprechen“, „Nießbrauch“ statt „Recht zum Nießbrauchen“, und wie die Römer „actio“ sagen statt „ius agendi“, „ususfructus“ statt „ius utendi fruendi“. Vgl. I § 43 Note 2. § 44 Note 1. § 203 Note 1. — Delbrück die Uebernahme fremder Schulden S. 3—15 nimmt für „Forderung“ im Gegensatz zum Forderungsrecht einen besonderen, auf deutscher § 251.

schulden zu beschränken[2]. Neben diesen Ausdrücken haben wir aus der römischen Rechtssprache den Ausdruck „Obligation" aufgenommen, bezeichnen aber mit demselben nach dem Vorgange des römischen Rechts nicht bloß die dem Forderungsrechte entsprechende Verpflichtung, sondern auch das Forderungsrecht selbst, sowie das Gesammtrechtsverhältniß, von welchem Forderungsrecht und Verpflichtung die beiden Seiten sind[3]. Der Forderungsberechtigte heißt: „Gläubiger" der ihm gegenüberstehende Verpflichtete „Schuldner"[4].

Rechtsanschauung beruhenden, Begriff in Anspruch. „Forderung" soll das Forderungsrecht in seiner abstracten Eigenschaft als Vermögenswerth bezeichnen, und so die „Forderung" gar nicht in das Obligationenrecht gehören. S. dawider Windscheid krit. Ueberschau I S. 36—38, Kuntze die Obligation § 25—27, Bruns in v. Holtzendorff's Encyc. I S. 316 (380. 405. 460); aber vgl. auch Gürgens Jahrb. f. Dogm. VIII S. 250 fg. Vgl. ferner § 252 Note 1 a. E.

[2] Genauer: auf Verpflichtungen, deren Gegenstand die Verschaffung des Eigenthums an einer Summe Geldes ist. In diesem Sinne ist „Schuld", was die Römer aes alienum nennen (s. namentlich l. 213 § 1 D. de V. S. 50. 16) Vgl. übrigens auch die Ausführung von Brinz Pand. § 92 (2. Aufl. § 217) und in Grünhut's Zeitschr. I S. 33 fg. (dazu Rümelin Arch. f. civ. Pr. LXVIII S. 182 fg.) und von Salkowski zur Lehre von der Novation S. 9 fg. — Delbrück (Note 1), entsprechend seiner Auffassung der „Forderung", sieht auch in dem Ausdruck „Schuld" die Bezeichnung für einen selbständigen Begriff, die Verpflichtung in ihrer abstracten Eigenschaft als Vermögensminderung, als negativer Vermögenswerth.

[3] Der römische Ausdruck obligatio bezeichnet, wie der deutsche Ausdruck Verpflichtung: 1) die Thatsache des Verpflichtens (z. B. l. 1 § 3 D. de pact. 2. 14, l. 20 D. de iud. 5. 1, l. 19 D. de V. S. 50. 16); 2) den durch diese Thatsache hervorgerufenen Zustand des Verpflichtetseins. In diesem Sinne definirt pr. I. de obl. 3. 13 die obligatio als „iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura". Der Ausdruck wird aber auch 3) zur Bezeichnung des der Verpflichtung gegenüberstehenden Forderungsrechts gebraucht, in gleicher Weise wie der Ausdruck servitus die ganz gewöhnliche Bezeichnung für das Dienstbarkeitsrecht ist. Es ist das eine Ungenauigkeit des Sprachgebrauches, welche in der römischen Rechtssprache durchaus festgewurzelt und so häufig ist, daß es überflüssig erscheint, besondere Belegstellen dafür anzuführen. Nur auf l. 30 D. de O. et A. 44. 7 sei hier hingewiesen, wo sogar von einer „obligatio creditorum" die Rede ist, und darauf, daß eine Hinneigung zu diesem Sprachgebrauch sich auch in der zweiten, in den Quellen enthaltenen Begriffsbestimmung der obligatio geltend macht. L. 3 pr. D. de O. et A. 44. 7. „Obligationum substantia . . in eo consistit, ut . . alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum". Vgl. Bekker Zeitschr. f. RGesch. IX S. 396. Um so mehr konnte der Ausdruck obligatio 4) da gebraucht werden, wo es nicht auf einseitige Hervorhebung des Forderungsrechts oder der Verpflichtung, sondern auf die Bezeichnung des Gesammtrechtsverhältnisses ankam. Von dem Sinne des Wortes „obligatio" handeln die Aufsätze von Hugo in dessen civil. Magazin I S. 68 fg. (1791). III S. 389 fg. (1812) und von Riebel das. V S. 99 fg. (1814). Vgl. auch Kuntze die Obligation rc. § 5, Windscheid die Actio rc. S. 169 Note 3, Kuntze Inhaberpapiere S. 243 Note 7. Neuestens Bekker Zeitschr. f. RGesch. IX S. 385 fg.

II. Gegenstand des Forderungsrechts.

A. Ueberhaupt.

§ 252.

Unter Gegenstand des Forderungsrechts wird hier die Handlung verstanden, zu welcher das Forderungsrecht den Schuldner verpflichtet¹. Den Gegenstand des Forderungsrechts in diesem Sinne bezeichnet man durch den Ausdruck „Leistung".

---

und Aktionen des röm. Privatrechts I S. 5 fg. Letzterer Schriftsteller sieht in der römischen obligatio, wie in der römischen actio (vgl. I § 44 Note 5 a. E. [dazu aber auch Bekker krit. VJSchr. XX S. 340 fg.]) etwas rein Formales (obligatio = actione teneri), das Wesen der obligatio besteht ihm nicht darin, daß sie ein Leistensollen auferlegt, sondern darin, daß sie zur Uebernahme eines iudicium nöthigt. — Für unser „Forderungsrecht" hatten die Römer keinen entsprechenden Ausdruck, sondern mußten sich mit dem allgemeinen „actio" behelfen, obgleich ein engerer Sprachgebrauch unter actio bloß die obligatorische actio verstand (l. 178 § 2 D. de V. S. 50. 16. l. 28 D. de O. et A. 44. 7), so daß häufig die Ausdrücke actio und obligatio als gleichbedeutend gebraucht werden, vgl. u. a. l. 8 § 11 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 10 D. de A. E. V. 19. 1, l. 7 § 1 D. de cap. min. 4. 5.

⁴ Creditor — debitor, l. 10 l. 11 l. 12 pr. D. de V. S. 50. 16. Ursprünglich war der Sprachgebrauch ein engerer, l. 5 § 3 D. de O. et A. 44. 7. Bekker Zeitschr. f. RGesch. IX S. 388 fg., vgl. Jhering der Zweck im Rechte I S. 166 fg. (2. Aufl. S. 157 fg.). Ein allgemeiner Ausdruck für das Obligationssubject überhaupt ist „reus", obgleich dieser Ausdruck sich später fast ganz auf den Schuldner zurückgezogen hat; aber vgl. Festus s. v. reus, Cic. de oratore II. 43, und noch z. B. l. 1 D. de duob. reis 45. 2. „Qui stipulatur, reus stipulandi dicitur, qui promittit, reus promittendi habetur". — Den Ausdrücken „creditor" und „debitor" entsprechen die Ausdrücke „creditum" und „debitum", z. B. l. 3 D. fam. erc. 10. 2, l. 1 D. de compens. 16. 2.

¹ Der Ausdruck „Gegenstand des Forderungsrechts" ist mehrdeutig. Man § 252.
kann unter diesem Ausdruck verstehen, wie hier geschieht, die Handlung, welche kraft des Forderungsrechts gefordert werden kann. Man kann darunter aber auch die Person verstehen, welche die Handlung vornehmen soll, von der ungenauen aber verbreiteten Vorstellung aus, daß im dinglichen Rechte die Sache, im Forderungsrecht die Person des Verpflichteten beherrscht werde. Endlich aber läßt sich noch ein anderer Sprachgebrauch, obgleich er ebenfalls ungenau ist, schwer abweisen, nach welchem auch die Sache, deren Leistung (Verschaffung zu Besitz, Genuß, Eigenthum) kraft des Forderungsrechts verlangt werden kann, als Gegenstand des Forderungsrechts bezeichnet wird. Es wäre sehr erwünscht, wenn man dieser Mehrdeutigkeit durch Einführung neuer Ausdrücke entgehen könnte; aber solche Ausdrücke bieten sich nicht dar. So bleibt nichts übrig, als auf jene Mehrdeutigkeit aufmerksam zu machen, und davor zu warnen, daß man nicht unbewußt den Ausdruck bald in diesem, bald in jenem Sinne gebrauche. Vgl. Unger I S. 499—500. 543. — Vgl. auch Kuntze die Obligation ꝛc. § 34, welcher selbst unter „Gegenstand der Obligation" das von derselben geforderte Handeln als solches versteht, im Gegensatz zu seinem Inhalt gedacht. So auch Salkowski zur Lehre von der Novation S. 4. [S. jetzt Kuntze die Obligationen ꝛc. § 23.] — Köppen Erbrecht S. 246—248 sieht als Gegenstand des Forderungsrechts das Vermögen des Schuldners an, welches dadurch gemindert werde; er bleibt

In Betreff der Leistung sind folgende Gegensätze zu bemerken.

1. Die Leistung kann eine positive und eine negative sein, d. h. sie kann ein Thun oder ein Unterlassen zum Inhalte haben[1a]. Die bei weitem wichtigsten Leistungen sind die positiven[2]; unter ihnen aber wieder sind von besonderer Wichtigkeit diejenigen, welche zum Inhalt das Verschaffen von Eigenthum, ein Geben im streng juristischen Sinne des Wortes[3], haben. Außerdem kann die positive Leistung zum Inhalt haben: Verschaffung irgend eines andern Rechts, Befreiung von einer dinglichen oder obligatorischen Last, Hingabe einer Sache zum bloß factischen Haben oder zum Gebrauch oder zur Benützung, irgend eine andere Thätigkeit. Der Inhalt der Leistung kann auch aus Thun und Unterlassen, oder aus den verschiedenen Arten des Thuns gemischt sein[4].

---

also in ähnlicher Weise, wie Delbrück (§ 251 a Note 1), auf den er auch verweist, bei dem ökonomischen Resultat des Forderungsrechts stehen, und berücksichtigt nicht dessen juristische Structur. Gegen Köppen Schott der obligatorische Vertrag unter Abwesenden (1873), welcher an die Stelle des Vermögens „im objectiven, ökonomischen Sinn" das Vermögen „im subjectiven, juristischen Sinn", d. h. die vermögensrechtliche Macht des Schuldners in abstracto, setzt, und so dahin gelangt, daß die Obligation ein „Recht am Rechte des Schuldners" sei; dawider Bekker krit. VJSchr. XV S. 547 fg. [Bekker Pand. I § 25: Recht an einer Person und deren Vermögen.] — Hartmann die Obligation S. 20. 162. fg. 272 unt.) will die Kategorie „Gegenstand der Obligation" ganz beseitigen, wegen der Vieldeutigkeit des Ausdrucks und weil das Wesen der Obligation in ihrem „Zweck" (vgl. § 251 Note 2) bestehe.

[1a] Auch das Unterlassen ist eine Handlung, eine Willensbestimmung, nur nicht eine Bestimmung des Willens zur Thätigkeit, sondern eine Bestimmung zur Unthätigkeit. Diesen Gedanken drücken zwei neuere Schriftsteller (H. Gerber Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast § 11, Maxen über Beweislast, Einreden und Exceptionen S. 200—210), nicht glücklich, so aus: die Forderungsrechte auf Unterlassen seien Forderungsrechte auf Verzicht auf das Recht zum Thun. S. dawider auch Unger II § 129 Note 31 a, Thon Rechtsnorm und subjectives Recht S. 200 Note 18. Der letztgedachte Schriftsteller (a. a. O. S. 199 fg.) geht weiter und leugnet, daß die „negative Obligation" überhaupt auf eine Willensbestimmung gerichtet sei. Ebenso, wie es scheint, Kohler Jahrb. f. Dogm. XVII S. 263. Hartmann die Obligation S. 117. 118 erklärt sich nicht sowohl gegen die „Bestimmung des Willens zur Unthätigkeit", als gegen die Bezeichnung derselben als Leistung oder Handlung. Energisch für die hier vertretene Auffassung Zitelmann Irrthum S. 61 fg.

[2] Beispiele von negativen Leistungen aus den Quellen: l. 2 § 5 l. 4 pr. l. 75 § 7 l. 83 pr. l. 85 § 3 D. de V. O. 45. 1, l. 13 pr. D. comm. praed. 8. 4. Hierher gehören auch die deutschen Bannrechte, d. h. diejenigen Rechte, kraft deren Jemand verbieten kann, daß die Einwohner eines gewissen Bezirkes gewisse Bedürfnisse bei einem Andern als bei ihm gegen Entgelt befriedigen (Bierzwang, Mühlenzwang, Backofenzwang ꝛc.).

[3] Man sagt aber nicht: das Eigenthum geben, sondern nach dem bekannten Sprachgebrauch, welcher das Eigenthumsrecht mit seinem Gegenstand identificirt (I § 42 Note 4): eine Sache geben.

2. Die Leistung kann eine vorübergehende oder eine dauernde sein[5], d. h. sie kann die Willensthätigkeit in einer nur vorübergehenden oder in einer dauernden Weise in Anspruch nehmen. Dauernd ist die negative Leistung; aber auch die positive kann es sein[6].

3. Die Leistung kann eine einfache oder eine zusammengesetzte sein[7]. Einfach ist die Leistung, welche auf das Bewirken eines einigen Erfolges gerichtet ist; zusammengesetzt ist die Leistung, deren Erfolg nur durch eine Mehrheit von Willensthätigkeiten, jede mit einem unterschiedenen Erfolg, erreicht werden kann[8]. Die zusammengesetzte Leistung besteht aus einer Mehrheit von Leistungen; aber diese Mehrheit wird unter einem verbindenden Gesichtspunkt als Einheit gedacht. Wo der verbindende Gesichtspunkt fehlt, hat man nicht eine zusammengesetzte Leistung, sondern eine Mehrheit von Leistungen schlechthin[9].

[4] Die Römer gebrauchen zur Bezeichnung der möglichen Verschiedenheit des Inhalts der Leistung die Ausdrücke: dare, facere, praestare (l. 3 pr. D. de O. et A. 44. 7). Dare geht in seinem strengen Sinne auf Verschaffung eines Rechts an einer Sache (nach Civilrecht), im weiteren Sinne aber bezeichnet es jede andere Verschaffung, z. B. dare operas (u. a. l. 8 pr. D. de op. lib. 38. 1). Ebenso bezeichnet facere sowohl den Gegensatz zum dare, als es das dare mit umfaßt (l. 2 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 218 D. de V. S. 50. 16). Sehr bestritten ist der Sinn des Ausdruckes praestare (die obligatorische Leistung überhaupt? Leistung aus dare und facere gemischt? Delictsleistung? Sicherheitsleistung? Einstehen für Etwas?). Vgl. Unterholzner I § 98, Marezoll Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. X S. 219 fg., Puchta Inst. II § 165 von Note i an, Savigny Oblig. I S. 299—301 und Syst. V Beil. Nr. XIV Nr. XXV—XXIX, Rudorff Zeitschr. f. geschichtl. RW. XIII S. 187 Note 9, Huschke das. XIII S. 249—254, Brinz Pand. 1. Aufl. § 135, Baron die adjecticischen Klagen S. 150 fg. Uebrigens ist das römische Recht weit davon entfernt, an diese Ausdrücke eigenthümliche, von einander abweichende Rechtsregeln anzuknüpfen. Savigny Oblig. I S. 301.

[5] Savigny Oblig. I S. 302.

[6] Z. B. die Leistung des Vermiethers, des Vormundes.

[7] Sintenis II S. 36. 37, Gerber Jahrb. f. Dogm. II S. 42—52, Muther zur Lehre von der römischen Actio S. 118 fg., v. Schey Grünhut's Zeitschr. IX S. 385. 392 fg. Vgl. auch I § 107 Note 8, II § 464 Note 4.

[8] Beispiele: eine einfache Leistung ist die negative Leistung, ferner das Geben; eine zusammengesetzte Leistung ist die Vermögensverwaltung, die Leistung des Gesellschafters.

[9] Die Leistung dessen, welcher sich anheischig macht, die Schulden eines Andern zu bezahlen (Alles, was die Eigenschaft hat, Schuld dieses Andern zu sein), ist eine zusammengesetzte Leistung. Wer sich anheischig macht, für einen Andern dessen Schuld a und dessen Schuld b zu bezahlen, verpflichtet sich nicht zu einer zusammengesetzten Leistung, sondern zu mehreren Leistungen, wenn auch der Andere außer a und b keine Schulden hat. Vgl. l. 29 pr. D. de V. O. 45. 1. „Scire debemus, in stipulationibus tot esse stipulationes, quot summae sunt, totque esse stipulationes, quot species sunt. . . . Quamvis autem placuerit, tot esse stipulationes, quot summae, totque esse stipulationes, quot res, tamen, si pecuniam quis, quae in conspectu est, stipulatus sit, vel acervum pecuniae,

Auch wo wirklich eine zusammengesetzte Leistung vorliegt, können doch die einzelnen Leistungen, aus welchen sie besteht, möglicherweise nicht bloß als Bestandtheile Einer Leistung, sondern zugleich als diese einzelnen Leistungen, und insofern als Gegenstände für sich bestehender Forderungsrechte, in Betracht kommen[10].

Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Leistung*.

§ 253.

4. Die Leistung kann eine theilbare oder eine untheilbare sein. Theilbar im Sinne des Rechts ist[1] die Leistung, welche unbeschadet ihres Wesens in Theile zerlegt werden kann, so daß jede Theilleistung eine Leistung des gleichen Inhalts ist, wie die Gesammtleistung, und sich von der Gesammtleistung nur quantitativ unterscheidet; untheilbar ist diejenige Leistung, bei welcher eine solche Zerlegung nicht möglich ist[2]. Unter Theilen einer Leistung sind also Bruchtheile, Rechnungs-

---

non tot sunt stipulationes, quot nummorum corpora, sed una stipulatio: nam per singulos denarios singulas esse stipulationes absurdum est. Stipulationem quoque legatorum constat unam esse, quamvis plura corpora sint vel plura legata. Sed et familiae vel omnium servorum stipulatio una est. Item quadrigae aut lecticariorum stipulatio una est. At si quis illud et illud stipulatus sit, tot stipulationes sunt, quot corpora". L. 86 l. 140 pr. eod., l. 75 § 9 eod., l. 16 § 1 l. 140 § 1 eod., l. 58 pr. D. de fidei. 46. 1, l. 21 pr. D. de recept. 4. 8, l. 35 § 7 D. de m. c. don. 39. 6. Vgl. Dernburg Preuß. Privatr. II § 24.

[10] Vgl. hierzu Regelsberger Studien im bayr. Hypothekenrecht S. 10 fg., welcher Schriftsteller die Ausdrücke „Stammobligation" und „Zweigobligationen" gebraucht.

* Die ausführlichste Schrift über diesen Gegenstand ist die von Ubbelohde: die Lehre von den untheilbaren Obligationen (1862). Andere monographische Bearbeitungen dieser Lehre sind: Rubo Versuch einer Erklärung der Fragmente lex II. III. IV. LXXXV Dig. de verborum obligationibus (1822). de Scheurl commentatio ad LL. 2, 3, 4, 72 & 85 D. de verborum obligationibus (Inauguralabhandlung, 1835). C. Kleyer des obligations divisibles et indivisibles (Bruxelles 1873). G. Leoni sulle obligazioni divisibili ed indivisibili nel diritto Romano (Palermo 1882). Rümelin die Theilung der Rechte S. 171 fg. (1883). v. Scheurl Theilbarkeit als Eigenschaft von Rechten S. 68 fg. (1884). [G. Leoni la teoria dei diritti e degli oblighi divisibili ed indivisibili. Padova 1887. G. Rümelin Jahrb. für Dogm. XXVIII S. 434 fg. (1889).] Außerdem sind zu vergleichen vor Allem Savigny Oblig. I § 29—36; ferner Ribbentrop zur Lehre von den Correal-Obligationen § 21—24, Brinz krit. Blätter IV S. 45—52 und Pandekten § 139. 2. Aufl. II § 228—231, Vangerow III § 567 Anm. 2, Sintenis II S. 40—55, Siebenhaar Correalobligationen S. 135 fg. 208 fg., Ryk Schuldverhältnisse S. 95 fg.

§ 253. [1] Wächter Arch. f. civ. Pr. XXVII S. 187, Rubo S. 32 fg., Scheurl p. 49 sqq., Savigny § 31, Ubbelohde S. 22, Rümelin S. 18 fg. 171 fg., Scheurl S. 68 fg.

[2] Dieß ist der juristische Begriff der Theilbarkeit der Leistung, während der

theile zu verstehen[3]. Im Einzelnen ist theilbar die Leistung, welche zum Inhalte die Verschaffung des Eigenthums[4] oder eines andern theilbaren Rechts[5] hat, untheilbar diejenige, welche zum Inhalte die Verschaffung eines untheilbaren Rechts[6] hat; in gleicher Weise ist zu unterscheiden, wenn die Leistung die Befreiung von dem Recht eines Andern zum Inhalte hat[7]. Leistungen, welche nicht die Bewirkung eines rechtlichen Erfolges zum Inhalte haben, positive wie negative, sind regelmäßig untheilbar[8]; jedoch ist es auch bei ihnen nicht aus=

Sprachgebrauch und die Auffassung des Lebens geneigt ist, als theilbar diejenige Leistung zu bezeichnen, welche nicht anders, als durch eine Reihe einzelner von einander abgegrenzter Handlungen beschafft werden kann, wie z. B. die Errichtung eines Bauwerkes. Im juristischen Sinne ist die Errichtung eines Bauwerkes eine untheilbare Leistung, weil die einzelnen Handlungen, durch welche sie bewerkstelligt wird, nicht Errichtung eines Bauwerkes sind (die Errichtung eines Bauwerkes ist nur ihr Zweck). Vgl. l. 80 § 1 D. ad leg. Falc. 35. 2 (Note 8). Dagegen ist z. B. das Geben einer Summe Geldes eine theilbare Leistung, weil das Geben einer jeden Summe, welche kleiner ist, als die verschuldete, immerhin das Geben einer Summe Geldes ist. Eine Leistung, welche in jenem vulgären Sinne eine theilbare genannt wird, ist nicht sowohl eine theilbare als eine zusammengesetzte; was man ihre Theile nennt, sind nicht sowohl ihre Theile, als ihre Bestandtheile (§ 252 Ziff. 3). — Vgl. Seuff. Arch. XVII. 15. (?)

[3] Vgl. zu dem Gesagten I § 142.

[4] Die Verschaffung des Eigenthums an einer Quantität vertretbarer Sachen ist theilbar, weil die zu leistende Quantität es ist, l. 2 § 1 l. 54 pr. l. 85 § 1 l. 117 D. de V. O. 45. 1, l. 9 § 1 l. 29 D. de solut. 46. 3. Die Verschaffung des Eigenthums an einer theilbaren Sache, z. B. einem Grundstücke ist theilbar, weil die zu leistende Sache es ist (I § 142 Ziff. 1 a. E.). Unter allen Umständen aber ist die Leistung, welche Verschaffung des Eigenthums zum Inhalte hat, theilbar durch s. g. ideelle Theilung der zu leistenden Sache (I § 142 Ziff. 4). L. 54 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 9 § 1 l. 34 § 1 D. de solut. 46. 3. Ubbelohde § 6.

[5] L. 5 D. de usufr. 7. 1, l. 13 § 1 D. de accept. 46. 4. Ubbelohde § 9. 10.

[6] L. 17 D. de serv. 8. 1, l. 25 § 9—11 D. fam. erc. 10. 2, l. 2 § 1 l. 72 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 13 § 1 D. de accept. 46. 4. Ubbelohde § 8. — Zu Note 4—6: Rümelin S. 189 fg.

[7] Ubbelohde § 10.

[8] L. 72 pr. D. de V. O. 45. 1. „Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae . . . . Idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi (darüber Savigny Oblig. I S. 335 fg., Ubbelohde § 7, Rudorff zu Puchta § 222. b, Rümelin S. 191, Scheurl S. 74, Seuff. Arch. XXXI. 318), vel fossam fodiri, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile; horum enim divisio corrumpit stipulationem . .“. L. 80 § 1 D. ad leg. Falc. 35. 2: — „si opus municipibus heres facere iussus est, individuum videtur legatum; neque enim ullum balineum aut ullum theatrum aut stadium fecisse intellegitur, qui ei propriam formam, quae ex consummatione contingit, non dederit . .“. L. 85 § 2 D. de V. O. 45. 1. Für Unterlassungen: l. 2 § 5. 6 l. 3 l. 4 pr. l. 85 § 3 D. de V. O. 45. 1. Ubbelohde § 11—14, Rümelin S. 197 fg.

geschlossen, daß der durch sie zu erreichende Erfolg bruchtheilweise verwirklicht werden könne[9]. — Jenachdem die Leistung theilbar oder untheilbar ist, ist es auch das auf die Leistung gerichtete Forderungsrecht[9a]. Die praktische Bedeutung der Unterscheidung zwischen theilbaren und untheilbaren Forderungsrechten liegt darin[10], daß das theilbare Forderungsrecht theilweise aufgehoben werden, und daß es sich in eine Mehrheit von einander unabhängiger Forderungsrechte spalten kann, während das Eine und das Andere bei den untheilbaren Forderungsrechten unmöglich ist[11].

Bestimmtheit und Unbestimmtheit der Leistung*.

§ 254.

Der Inhalt der Leistung kann durch die das Forderungsrecht begründende Thatsache mehr oder weniger genau bestimmt sein[1]. Unter den Fällen, in welchen die Bestimmtheit keine vollständig genaue ist, ist folgender Unterschied von juristischer Wichtigkeit. Entweder liegt neben der Unbestimmtheit zu gleicher Zeit die Verweisung auf eine Quelle vor, durch welche die Unbestimmtheit zur Bestimmtheit erhoben

[9] Hierher gehört z. B. die Nichtbehelligung mit einem Anspruch; diese Nichtbehelligung kann vorhanden sein oder nicht vorhanden sein nach Bruchtheilen des Anspruchs. L. 4 § 1 D. de V. O. 45. 1, l. 44 § 6 D. fam. erc. 10. 2 (vgl. übrigens Ubbelohde S. 285—294). Noch deutlicher tritt die Theilung der Leistung hervor, wenn das zu leistende Thun quantitativ bestimmt ist, z. B. eine bestimmte Anzahl von Arbeitstagen. L. 54 § 1 D. de V. O. 45. 1, l. 15 § 1 D. de op. lib. 38. 1. — Scheurl S. 75 fg. (vgl. auch Rümelin S. 207. 269 unt.) ist der Meinung, die negative Leistung sei immer untheilbar. Das ist nicht richtig. Was ich halb thun kann, kann ich auch halb unterlassen. Eine andere Frage ist es freilich, ob für die Obligation auf ein theilbares Unterlassen in allen Beziehungen das Gleiche gilt, wie für die Obligation auf ein theilbares Thun. Vgl. § 301 Ziff. 2.

[9a] Rümelin a. a. O. (Note 1) schlägt die Formulirung vor: theilbar ist diejenige Forderung, bei welcher sich nach durchgeführter Theilung gleiche Forderungsrechte ergeben. Ich sehe darin keine Verbesserung. Was sind „gleiche Forderungsrechte"?

[10] Savigny S. 322—325. 349—351, Ubbelohde S. 19—21.

[11] L. 2 § 1 l. 85 pr. § 2 D. de V. O. 45. 1, l. 13 § 1 D. de accept. 46. 4. — Von der Behandlung, welche bei untheilbaren Forderungsrechten im Falle einer Mehrheit der Gläubiger oder Schuldner eintritt, wird unten (§ 299) näher die Rede sein.

* Unterholzner I § 105. 106, Savigny Oblig. I § 38 fg., Sintenis II S. 26—36, Holzschuher III § 208, Brinz 2. Aufl. II § 240—243.

§ 254. [1] Ueber die strengen Anforderungen, welche die Römer an das „certum" als Obligationsgegenstand machen (stipulatio certi, condictio certi), s. Savigny Oblig. I S. 388 Note c und System V Beil. XIV Nr. XXXII—XLVI Vgl. auch Huschke Darlehn S. 209 fg.

werden soll oder es ist dieß nicht der Fall. Ist es nicht der Fall, so kommt die Unbestimmtheit dem Schuldner zu Gute, nicht dem Gläubiger; der Schuldner kann innerhalb der getroffenen Bestimmung leisten, was er will; so weit er nicht gebunden ist, ist er frei [2]. Ist jedoch die Unbestimmtheit von der Art, daß der Schuldner sich aller Leistungspflicht entziehen kann, so ist ein Forderungsrecht nur scheinbar vorhanden [3]. — Die Quelle auf welche zur Ergänzung der Unbestimmtheit verwiesen ist, kann die Erklärung einer der Parteien sein, oder die Erklärung eines Dritten [4], oder das richterliche Ermessen [5], oder irgend eine andere Thatsache [6]. Ist die Entscheidung auf den Willen des Schuldners gestellt, so ist wieder zuzusehen, ob nicht derselbe dadurch aller Gebundenheit ledig, und in Folge davon ein Forderungsrecht gar nicht vorhanden ist [7]. Versagt die bezeichnete Quelle der Entscheidung, so ist es, als wenn auf eine solche gar nicht verwiesen worden wäre [8]. Ist es ungewiß, ob aus derselben eine Entscheidung herzuleiten sein wird, und die Unbestimmtheit ist von der Art, daß sie die Existenz des Forderungsrechts in Frage stellt, so liegt einstweilen nur ein bedingtes Forderungsrecht vor [9].

---

[2] Vgl. l. 99 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 106 eod.

[3] L. 94 l. 95 l. 115 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 71 pr. D. de leg. I° 30, l. 35 § 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 69 § 4 D. de I. D. 23. 3, l. 1 C. de dot. prom. 5. 11. L. 71 pr. cit.: — „magis derisorium est, quam utile legatum". Vgl. l. 17 l. 46 § 3 l. 108 § 1 D. de V. O. 45. 1. S. auch § 314 Note 1. Vgl. Seuff. Arch. X. 241, XIII. 219, XV. 211, XVI. 26, XVII. 124, XXIX. 14, XXX. 138, XXXII. 214, XXXVI. 21, XXXVII. 300, XXXVIII. 220, XXXIX. 294. Goldschmidt Handelsr. 2. Aufl. II S. 65 Note 23.

[4] In l. 25 pr. D. loc. 19. 2 heißt es: „Si merces promissa sit generaliter alieno arbitrio, locatio et conductio contrahi non videtur". Vgl. die Citate § 386 Note 5d.

[5] So namentlich bei den actiones bonae fidei, arbitrariae, in aequum et bonum conceptae. Vgl. I § 46. Auch dann hängt die Endentscheidung vom Richter ab, wenn der Inhalt der Leistung nicht sowohl durch den nackten Willen einer bezeichneten Person, als durch ihr billiges Ermessen (arbitrium boni viri, im Gegensatz zum arbitrium schlechthin) bestimmt werden soll. L. 24 pr. D. loc. 19. 2, l. 76—80 D. pro soc. 17. 2, l. 69 § 4 D. de I. D. 23. 3, l. 3 C. de dot. prom. 5. 11, l. 1 § 1 D. de leg. II° 31, l. 22 § 1 D. de R. I. 50. 17. Vgl. l. 35 D. mand. 17. 1.

[6] Z. B. Kauf um den Preis, um welchen der Verkäufer seinerseits die Sache angekauft hat. Vgl. l. 7 § 1. 2 l. 37 D. de contr. emt. 18. 1, l. 35 § 5. 6 eod., l. 27 D. de leg. II° 31.

[7] Vgl. § 386 Note 6. 7.

[8] Nur darf der Schuldner die Entscheidung nicht verweigern, wenn die nähere Bestimmung des Inhalts der Leistung ihm überlassen worden ist; er würde dadurch das Forderungsrecht vereiteln. Bleibt er daher hartnäckig, so muß er sich gefallen lassen, daß der Gläubiger statt seiner die Entscheidung treffe. So z. B. bei der alternativen Obligation (§ 255 zu Note 11).

§ 255.

Besonders hervorzuheben sind unter den Fällen der Unbestimmtheit der Leistung diejenigen, wo der Inhalt der Leistung nur alternativ oder nur generisch bestimmt ist. Man nennt in diesen Fällen die Obligation selbst eine alternative oder eine generische.

1. **Alternative Obligation**[1]. Der Schuldner soll Dieses oder Jenes leisten[2]. Eines muß er leisten; unbestimmt ist nicht, ob, sondern was er leisten muß. Deßwegen darf die alternative Obligation nicht als bedingte Obligation gedacht werden[3]. Was aber der Schuldner zu leisten hat, hängt nach dem zuvor Gesagten (§ 254) von seiner Wahl ab[3a], nicht von der des Gläubigers[4]; der Gläubiger hat

---

[9] L. 75 D. pro socio 17. 2, l. 25 pr. D. loc. 19. 2, l. 141 § 1 D. de V. O. 45. 1, l. 15 C. de contr. emt. 4. 38, § 1 I. de emt. et vend. 3. 23. Vgl. Pescatore in der § 255 Note 1 genannten Schrift S. 70 fg.

§ 255. [1] Ueber die alternative Obligation sind zu vergleichen: Vangerow III § 569 Anm., Savigny Oblig. I § 38, Fitting Correaloblig. S. 136—169. S. auch Holzschuher III § 210. Neuere Literatur: O. Nanne die Disjunctivobligation (1876, veröffentlicht 1880, Inaug.-Dissertation). Bernstein zur Lehre vom alternativen Willen und den alternativen Rechtsgeschäften. Abth. 1. Berlin 1878. (Dieser Schriftsteller macht darauf aufmerksam, daß der „alternative Wille" sich nicht bloß auf dem Gebiete der Obligationen, und nicht bloß was den Gegenstand des zu begründenden Rechtsverhältnisses angeht, wirksam erweisen könne; er regt ferner die Frage an, ob nicht neben den „alternativen Willen" ein ihm nahe verwandter „genereller Wille" zu stellen sein möchte, und verspricht im Fortgange seiner Arbeit eine genauere Untersuchung des „unbestimmten Willens". S. darüber jetzt Zitelmann Irrthum S. 500 fg. [Ryk in der sofort zu nennenden Schrift S. 132 fg.].) Pescatore die s. g. alternative Obligation. 1880. Darüber: Bernstein Zeitschr. f. Handelsr. XXIX S. 602 fg., Pfersche krit. VJSchr. XXIII S. 305 fg. [Ryk Lehre von den Schuldverhältnissen S. 129—268.] S. auch unten Note 3a. 5. — Was die Bezeichnung angeht, vgl. l. 25 pr. D. quando dies 36. 2 und dazu l. 124 D. de V. S. 50. 16; l. 8 § 5 D. de cond. inst. 28. 7, l. 7 § 4 D. de iniur. 47. 10, l. 2 § 3 D. de eo quod certo loco 13. 4, l. 9 pr. D. de serv. corr. 11. 3. Pescatore S. 1 Note 1. Eine rechtsvergleichende Skizze gibt Bernstein Zeitschr. f. vergl. RW. II S. 392 fg. (1880).

[2] Z. B. diese oder jene Sache geben, diese Sache geben oder diese Arbeit verrichten ꝛc. Natürlich kann die Zahl der Leistungsinhalte, unter welchen die Auswahl getroffen werden soll, auch größer als zwei sein.

[3] Daher geht das alternative Vermächtniß auf die Erben über (l. 19 D. de opt. leg. 33. 5), während für das bedingte bekanntlich das Gegentheil gilt (I § 89 Note 8). Vgl. auch l. 72 § 4 D. de sol. 46. 3 mit l. 31 D. de V. O. 45. 1. Bernstein S. 103 fg., Pescatore S. 16 fg. [Ryk S. 206.]. — Für eine bedingte Obligation hält die alternative Obligation Abickes zur Lehre von den Bedingungen (1876) S. 27 fg., jedoch nur diejenige, bei welcher der Schuldner die Wahl hat, und ohne zu bestreiten, daß auch in diesem Fall das Ob der Leistungspflicht nicht in Frage gestellt sei. — [Eine Mehrheit von Obligationen mit gegenseitigem Consumtionsverhältniß nimmt an Ryk S. 211 fg.]

[3a] Daß der Schuldner die Wahl habe, sagen auch die Quellen; daß die Wahl durch eine Wahlerklärung definitiv vollzogen werde, ist damit nicht gesagt

die Wahl nur dann, wenn dieß bei der Begründung der Obligation (ausdrücklich oder stillschweigend) festgesetzt ist[5]. Nicht zu verwechseln

(Note 9). In diesem Sinn glaubt Pescatore S. 151 fg. gegen die „Ueberschätzung der Bedeutung der Wahl" warnen zu müssen.

[4] § 33 I. de act. 4. 6, l. 25 pr. l. 34 § 6 D. de contr. emt. 18. 1, l. 10 § 6 D. de I. D. 23. 3.

[5] L. 75 § 8 l. 112 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 10 § 6 D. de I. D. 23. 3. — Natürlich kann dem Gläubiger die Wahl für einen gegebenen Fall auch durch (gesetzliche Bestimmung zugesprochen werden; aber weder der erste noch der zweite der von Savigny Oblig. I S. 385 angeführten Fälle (l. 17 § 5 D. comm. 13. 6, l. 2. 8 C. de resc. vend. 4. 44) gehören hierher: in dem ersten hat der Gläubiger die Wahl, ob er den vorliegenden Thatbestand unter diesen oder jenen rechtlichen Gesichtspunkt stellen, und demgemäß aus demselben dieses oder jenes Forderungsrecht herleiten will, der zweite gehört zur s. g. facultas alternativa (s. das Ende der Note). — Hat der Gläubiger die Wahl, so muß man sagen, daß jeder Leistungsinhalt sogleich in obligatione sei, da den Gläubiger nichts hindert, seinen Willen sofort dahin geltend zu machen, daß gerade dieser Inhalt ihm geleistet werde. Daher die Entscheidung in l. 76 D. de leg. I° 30. S. auch l. 112 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 11 D. de fundo dot. 23. 5, l. 1 C. eod. 5. 23. Anders wenn dem Schuldner die Wahl zusteht; in diesem Falle kann man sofort von keinem Leistungsinhalte sagen, daß gerade er verschuldet werde, sondern erst durch die wirkliche Leistung stellt sich der verschuldete Leistungsinhalt heraus. Daher l. 75 § 4 D. de leg. I° 30, l. 50 § 1 D. de leg. II° 31. S. auch l. 75 § 8 D. de V. O. 45. 1. Von der andern Seite ist es freilich ebenso wahr, daß jeder Leistungsinhalt der wirklich verschuldete werden kann. Eine Folge davon ist, daß der Schuldner in Beziehung auf keinen ungebunden ist, woraus allein sich l. 95 § 1 D. de sol. 46. 3 (Note 14), l. 5 § 2 D. qui et a quib. 40. 9 erklären. Insofern kann man denn doch auch in diesem Falle sofort von einem jeden Leistungsinhalte sagen, daß er in obligatione sei; vgl. l. 128 D. de V. O. 45. 1, l. 11 § 1 D. de leg. II° 31. Die Auffassungen der Schriftsteller sind übrigens sehr verschieden. Fitting a. a. O. glaubt, daß immer nur ein „Gegenstand" in obligatione sei; welcher? sei noch latent, und stelle sich erst durch die Wahl heraus. Bernstein a. a. O. ist der Ansicht, daß in der römischen Jurisprudenz zwei Ansichten vertreten gewesen seien, von welchen die eine angenommen habe, daß einstweilen keiner der alternativ bezeichneten „Gegenstände" in obligatione sei, die andere, daß sie sofort beide in obligatione seien, und will aus dem Gegensatz dieser Ansichten (Bernstein bezeichnet denselben durch die Ausdrücke: suspensive und resolutive Pendenz) namentlich l. 19 D. de leg. II° (vgl. II § 426 Note 11), die von Justinian in l. 10 C. de cond. ind. 4. 5 entschiedene Controverse (vgl. Note 7 a. E.) und den Widerspruch, welchen Bernstein zwischen l. 26 § 13 D. de cond. ind. 12. 6 und l. 2 § 1 D. de V. O. 45. 1 findet, erklären. Nach Puntschart in der § 250 Note 2 a. E. citirten Schrift [vgl. krit. VJSchr. XXIX S. 511 fg.] ist vor der Wahl noch gar kein Recht des Gläubigers vorhanden, sondern nur was dieser Schriftsteller die objectivrechtliche Grundlage des Rechtes nennt. Alle diese Schriftsteller machen einen Unterschied zwischen dem Fall, wo der Gläubiger, und dem Fall, wo der Schuldner die Wahl hat, nicht. Diesen Unterschied macht Pescatore a. a. O., steigert aber dessen Bedeutung dahin, daß er annimmt, im Fall des Wahlrechtes des Gläubigers sei derselbe sofort Gläubiger auf jeden Leistungsinhalt, es seien also mehrere Forderungsrechte vorhanden, von denen das eine durch die Geltendmachung des anderen consumirt werde. Alles was der Verf. an Beweis hierfür

mit der alternativen Obligation ist der Fall, wo der Schuldner, während er auf eine Leistung bestimmten Inhalts verpflichtet ist, die Befugniß hat, sich auch mit einer Leistung eines andern bezeichneten Inhalts zu befreien[5a]. — Die alternative Obligation kann zu einer einfachen werden, d. h. sie kann sich auf Einen Leistungsinhalt concentriren, so daß sowohl das Recht, einen andern Leistungsinhalt zu wählen, wegfällt, als auch in jeder anderen Beziehung von nun an diejenige rechtliche Behandlung eintritt, welche einer nur auf diesen Einen Leistungsinhalt gerichteten Obligation entspricht[6]. Eine solche Concentration tritt ein 1) durch wirklich vollzogene Leistung[7]; 2) durch Vertrag zwischen den Parteien[8]. 3) Durch eine einseitige Erklärung

---

hat, steht auf S. 77—79. Gegen P. auch Bernstein Zeitschr. f. Handelsrecht XXIX S. 602 fg. [Karlowa Grünhut's Zeitschr. XVI S. 431. Gegen alle „Pendenz" Ryk S. 206 fg.].

[5a] Diese andere Leistung ist in keiner Weise in obligatione, sondern nur in solutione. Vgl. als Beispiel § 396 Note 3 und die Noxalklagen (Karlowa Legisactionenproceß S. 120 fg.). Im Allgemeinen Wächter II S. 198—200, Unger I S. 493—495, Pescatore S. 264 fg., Zitelmann Irrthum S. 509. — Etwas Aehnliches kann auf der Gläubigerseite in der Weise stattfinden, daß der Gläubiger die Befugniß hat, durch seinen Willen an die Stelle der vorhandenen Forderung eine andere Forderung zu setzen. Vgl. Regelsberger Jahrb. f. Dogm. XVI S. 159 fg., Pescatore S. 269 fg., Zitelmann a. a. O.

[6] Dieß gilt namentlich von der Befreiung des Schuldners durch Eintritt schuldloser Unmöglichkeit in Beziehung auf den übrig gebliebenen Leistungsinhalt. Ich habe den Ausdruck im Text gegenüber der 5. Auflage geändert, um das Mißverständniß auszuschließen, als werde nach der Concentration die Obligation auch für die frühere Zeit rechtlich als eine einfache behandelt, ein Mißverständniß, in welches Pescatore S. 133 fg. in der That verfallen ist.

[7] Auch wenn der Schuldner die Wahl hat, leistet er dasjenige, was er leistet, als ein Verschuldetes. A. M. Brinz 2. Aufl. II § 242 Note 4. § 243 Note 26. — Die Leistung muß vollständig gemacht sein. Theilweise Leistung des einen der mehreren Leistungsinhalte ist gar keine Leistung, da es ungewiß ist, ob der andere Theil desselben Leistungsinhaltes hinzukommt, und das Forderungsrecht nicht theilweise mit dem einen, theilweise mit dem andern Leistungsinhalte befriedigt werden kann. Der Schuldner ist also einstweilen auch nicht theilweise befreit, sondern wird erst (auf das Ganze) befreit, wenn er den andern Theil desselben Leistungsinhaltes hinzuleistet. Thut er das nicht, so kann er das zuerst Geleistete wegen ermangelnder Voraussetzung (wegen nicht erreichter Absicht der Befreiung) zurückfordern. L. 26 § 13. 14 D. de cond. ind. 12. 6, l. 2 § 1 D. de V. O. 45. 1 (vgl. Vangerow III § 567 Anm. 2 Nr. II. 1, Erxleben condictiones sine causa II S. 206, Bernstein S. 62, Pescatore S. 161 fg.), l. 85 § 4 i. f. eod., l. 15 D. de leg. II° 31. Vgl. § 427 Note 5. — Einfluß des Irrthums bei der Leistung: l. 32 § 3 D. de cond. ind. 12. 6, l. 19 D. de leg. II° 31; l. 19 § 3 D. de cond. ind. 12. 6, l. 26 § 13 i. f. D. eod., l. 10 C. eod. 4. 5. Vgl. II § 426 Note 11, III § 661 Note 7. Ueber l. 21 D. eod. s. Vangerow III § 569 Anm. 1 Nr. 1, Pescatore S. 170, [Ryk S. 237].

[8] L. 27 § 6 D. de pact. 2. 14, l. 25 pr. D. de pec. const. 13. 5, l. 4 D. de resc. vend. 18. 5.

des wahlberechtigten Schuldners oder Gläubigers tritt die Concentration an und für sich nicht, sondern nur dann ein, wenn dieß in dem die Obligation begründenden Rechtsgeschäft (ausdrücklich oder stillschweigend) bestimmt worden ist[9]. 4) Die Proceßerhebung bewirkt

[9] Die durch die Unbestimmtheit des Leistungsinhalts der einen oder der andern Partei erworbene vortheilhafte rechtliche Stellung kann, wenn darüber bei der Begründung der Obligation keine andere Bestimmung getroffen ist, nur durch Gründe verloren werden, durch welche Rechte überhaupt verloren werden. L. 138 § 1 D. de V. O. 45. 1, vgl. l. 106 eod. S. ferner die in Note 7 citirten Stellen, aus welchen hervorgeht, daß selbst theilweise Leistung des einen Leistungsinhalts eine Concentration der Obligation auf diesen Leistungsinhalt nicht herbeiführt, auch l. 17 D. de accept. 46. 4. Vgl. noch l. 21 § 6 D. de A. E. V. 19. 1 (Seuff. Arch. I. 189). — Ob bei der Begründung der Obligation eine Bestimmung des Inhalts getroffen sei, daß das Wahlrecht auch durch eine bloße Erklärung solle verloren werden, muß, wenn das begründende Rechtsgeschäft sich nicht unzweideutig darüber ausgesprochen hat (vgl. l. 11 § 1 D. de leg. II° 31), durch Auslegung festgestellt werden. Dabei wird es vor allen Dingen darauf ankommen, ob überhaupt über die Wahl eine Bestimmung getroffen ist; ist das nicht der Fall, so wird es für eine Auslegung des bezeichneten Inhalts meistens an allem Anhalt fehlen. Die Quellen schließen sie für diesen Fall geradezu aus, l. 138 § 1 D. de V. O. 45. 1. „Cum pure (d. h. eben: ohne ausdrückliche Einräumung des Wahlrechts) stipulatus sum 'illud aut illud dari', licebit tibi quoties voles mutare voluntatem in eo quod praestaturus sis, quia diversa causa est voluntatis expressae et eius quae inest". Vgl. auch l. 106 D. eod., und zum letzten Theil der Stelle l. 65 § 1 D. de leg. I° 30, l. 52 D. de cond. 35. 1. Aber auch wenn über die Wahl eine Bestimmung getroffen ist, ist es sehr wohl möglich, daß durch dieselbe bloß hat gesagt werden sollen, Wer wählen dürfe, nicht aber, es solle durch die einmal getroffene Wahl eine definitive Entscheidung über den verschuldeten Leistungsinhalt herbeigeführt werden, und wenn die Bestimmung dahin geht, daß nach Wahl des Gläubigers geleistet werden solle, dessen Wahlrecht sich nicht von selbst versteht, so ist jenes sogar die näher liegende Auslegung. Unsere Quellen freilich sind vorwiegend geneigt, der im Rechtsgeschäft getroffenen Wahlbestimmung eine sachliche, keine bloß persönliche Bedeutung zuzuschreiben, s. l. 84 § 9 D. de leg. I° und arg. l. 138 § 1 D. de V. O. 45. 1, ferner l. 95 pr. D. de sol. 46. 3, l. 22 D. de compens. 16. 2; vgl. aber auch l. 112 pr. D. de V. O., wo unterschieden wird, ob gesagt worden sei, „quem voluero" oder „quem volam". — In der neueren Zeit hat sich Ihering (Jahrb. f. Dogm. I S. 31—33) mit großer Lebhaftigkeit dafür ausgesprochen, daß im heutigen Recht in allen Fällen das Wahlrecht durch die bloße Erklärung des Wahlberechtigten verloren werde; die entgegengesetzte Entscheidung sei nur „vom Standpunkt der römischen Stipulationstheorie" gerechtfertigt; übereinstimmend Demelius Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVII S. 19 fg., Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 208—209, Dernburg Preuß. Privatr. II § 29 Note 8, Puntschart (§ 250 Note 2 a. E.) S. 299 fg. Ihering hat sich die Frage nicht vorgelegt, ob die Erklärung des wahlberechtigten Schuldners wie bindend so auch berechtigend für ihn sei, so daß er durch eine in Betreff des gewählten Leistungsinhaltes eintretende schuldlose Unmöglichkeit befreit werde: ich weiß nicht, ob ihm nicht, wenn er dieß gethan hätte, Zweifel an der Haltbarkeit seiner Meinung aufgestiegen sein würden. Wenigens weist er bei generischen Obligationen den Uebergang der Gefahr auf den Gläubiger durch bloße Erklärung des Schuldners mit großer Entschiedenheit zurück (s. Note 20 und § 390 Note 8).

die Concentration dann, wenn dem Gläubiger die Wahl zusteht, und derselbe seine Klage auf einen bestimmten Leistungsinhalt gerichtet hat[10], während der Schuldner das ihm zustehende Wahlrecht nicht schon durch die Erhebung des Processes, sondern erst, und zwar zu Gunsten des Gläubigers, der Execution gegenüber verliert[11]. 5) Endlich kann sich die alternative Obligation auf einen der mehreren Leistungsinhalte auch dadurch concentriren, daß einer derselben un=

Demelius und Regelsberger a. a. OO. ziehen ausdrücklich die Consequenz, daß mit der Erklärung des Schuldners auch die Gefahr auf den Gläubiger übergehe, und Regelsberger unterwirft folgerichtig dieser Consequenz auch die generischen Obligationen, während Puntschart a. a. O. die Gefahr des Käufers, d. h. die Verpflichtung desselben, Kaufgeld zu zahlen, ohne daß er die Kaufsache erhält, nach der allgemeinen von ihm aufgestellten Regel (§ 321 Note 18) nur in beschränktem Maße eintreten läßt. Vgl. noch Sintenis II § 83 Note 35. Gegen die Concentration durch einseitige Erklärung Lang Beiträge zur Hermeneutik S. IX fg., Arndts § 203 Anm. 3 und krit. VJSchr. V S. 339, Vangerow III § 569 Anm. 1 Nr. 2, Brinz 2. Aufl. II S. 103. 109, Bernstein S. 49 fg., Pescatore S. 181 fg., [Ryk S. 231 fg. (mit Unterscheidung zwischen alternativer Pendenz und alternativer Obligation)]; Seuff. Arch. IV. 20 (anders XXXI. 319). Milder jetzt auch Regelsberger Jahrb. f. Dogm. XVI S. 170 fg. [Nach Dernburg II § 27 soll die einseitige Erklärung den Schuldner nicht binden (2. Aufl. S. 78), ihm aber das Recht nehmen, die Wahl zu ändern (2. Aufl. S. 80).] Doch bedarf die herrschende Meinung m. E. eines Zusatzes. Auch die nicht bindende Erklärung des Wahlberechtigten verpflichtet denselben, wenn er hinterher eine andere Wahl trifft, zum Ersatz des s. g. negativen Interesse, d. h. desjenigen Nachtheils, welchen der Gegner dadurch erlitten hat, daß er sich darauf verlassen hat, es werde das in der Erklärung Bezeichnete geleistet werden bez. zu leisten sein (§ 307 Note 5). Wenn dieses Interesse auf Grund einer abgegebenen Vertragserklärung geleistet werden muß (s. a. a. O.), so wird man nicht zu weit gehen, wenn man die Verpflichtung zur Leistung desselben auch durch eine abgegebene Erfüllungserklärung entstehen läßt.

[10] L. 112 pr. i. f. D. de V. O. 45. 1. Vgl. I § 125 Note 11. § 126 Note 4. 5. Der Gläubiger braucht jedoch in der Klage nicht zu wählen, sondern kann verlangen, daß ihm der Schuldner auf diese oder jene Leistung verurtheilt werde. Definitiv wählen muß er erst, wenn er Execution begehrt. Wächter Erörter. III S. 117. Zuläßige Zurücknahme der Klage stellt das Wahlrecht wieder her: CPO. § 243. Vgl. auch Entscheid. des RG. VIII S. 353.

[11] § 33 I. de act. 4. 6; vgl. l. 11 § 1 D. de leg. II° 31. Auch durch den Verzug verliert der Schuldner nicht sein Wahlrecht. Entscheid. des RG. XII S. 184 [= Seuff. Arch. XLI. 9]. Wächter Erörter. III S. 117 Note 64, Vangerow III § 569 Anm. 1 Nr. 4, Mommsen Beiträge zum Obligationenr. III S. 259 fg., Baron die adjecticischen Klagen S. 58 Note 19, Pescatore S. 189 fg., [Ryk S. 245 fg.]. Seuff. Arch. XXII. 125. Vgl. Bernstein S. 67 fg. Ueber l. 2 § 3 D. de eo quod certo loco 13. 4 s. Wächter, Mommsen, Pescatore a. a. OO., Reatz Lehre vom Erfüllungsort S. 3. 4. Römer Abhandlungen aus dem Römischen Recht I S. 145 (vgl. Note 15) gibt dem Gläubiger das Recht, das Mindeste zu fordern. Ich halte das für bedenklich. Annahmeverzug des Gläubigers: vgl. § 345 Note 4, § 346 Note 3. 10. Bernstein S. 73 fg., Pescatore S. 192.

möglich wird[12]. Eine solche Unmöglichkeit hat eine Concentration der Obligation auf den andern Leistungsinhalt nur dann nicht zur Folge, wenn die Unmöglichkeit durch die Schuld des Schuldners eingetreten ist und der Gläubiger die Wahl hat; hier bleibt es dem Gläubiger unbenommen, statt des unmöglich gewordenen Leistungsinhaltes sein Interesse an demselben zu fordern. Außerdem ist zu bemerken: a) daß der Schuldner, wenn er die Wahl hat und die Unmöglichkeit ohne seine Schuld eingetreten ist, nicht die Befugniß verliert, den Gläubiger auch mit dem Werth des unmöglich gewordenen Leistungsinhaltes abzufinden[13]; b) daß der Schuldner, wenn die Unmöglichkeit durch seine Schuld eingetreten ist, selbst in dem Falle, wo er die Wahl hat, nicht frei wird, wenn hinterher auch der andere Leistungsinhalt ohne seine Schuld unmöglich wird; er muß dann den Gläubiger dafür entschädigen, daß dieser nun durch seine Schuld weder den einen noch den andern Leistungsinhalt erhält[14].

---

[12] L. 2 § 3 D. de eo quod certo loco 13. 4, l. 34 § 6 D. de contr. emt. 18. 1, l. 95 pr. § 1 D. de sol. 46. 3, l. 16 pr. D. de V. O. 45. 1. Bei anfänglicher Unmöglichkeit des einen Leistungsinhaltes tritt die Concentration gleich zu Anfang ein, l. 128 D. de V. O. 45. 1, l. 72 § 4 D. de sol. 46. 3.

[13] L. 47 § 3 D. de leg. I° 30 und arg. l. 95 § 1 D. de sol. 46. 3. Deßwegen ist aber dieser Leistungsinhalt nicht weniger aus der Obligation ausgeschieden, und daher hat nicht etwa, wenn auch der zweite Leistungsinhalt ohne Schuld des Schuldners unmöglich geworden sein sollte, dieser die Verpflichtung, den Werth des ersten zu leisten. — Nur mit Beschränkung will dem Schuldner die hier bezeichnete Befugniß zugestehen Bekker Jahrb. d. gem. R. S. 374. Pescatore S. 201 fg. leugnet sie ganz; seine Beweisführung hat mich nicht überzeugt. (Bei Pescatore weitere Literaturangaben.) [Gegen die bezeichnete Befugniß auch Ryk S. 239 fg.]

[14] Wobei ihm aber die zu Note 13 bemerkte Befugniß zu Statten kommt. L. 95 § 1 D. de sol. 46. 3: — „si facto debitoris alter (der eine von den beiden verschuldeten Sclaven) sit mortuus, cum debitoris esset electio, quamvis interim non alius peti possit, quam qui solvi etiam potest . . tamen si et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore, quo moriebatur, non commiserit stipulationem; sane quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur". Es ist wohl keiner Frage unterworfen, daß die Römer der Formel des bonae fidei iudicium gegenüber eine actio doli nicht für erforderlich gehalten, und noch weniger, daß sie im bonae fidei iudicium den Beklagten auch wegen bloßer Fahrlässigkeit verurtheilt haben würden, so daß heutzutage von dem Erforderniß des „facto debitoris" abgesehen werden darf. So auch die herrschende Meinung. — Ueber den Einfluß der Unmöglichkeit der Leistung auf die alternative Obligation gibt es eine besondere Abhandlung von Zimmern Arch. f. civ. Pr. I S. 309 fg. (1820); außerdem sind zu vergleichen Fuchs das. XXXIV S. 235—241 (1851), Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht I § 26 (1853), Hofmann über das Periculum beim Kaufe S. 111 fg. (1870), Vangerow III § 569 Anm. 2, Holzschuher III S. 31—36. [Ryk S. 239 fg. 250 fg.]

2. Generische Obligation[15]. Der Inhalt der Leistung ist nicht concret, sondern nach Merkmalen, [die keine Individualisirungsmerkmale sind,] bestimmt. Der Hauptfall, welcher hierher gehört, ist der des Gebens einer nach Merkmalen [der bezeichneten Art] bestimmten Sache oder einer Quantität solcher Sachen[16]. Der Kreis der Sachen, auf welchen die angegebenen Merkmale verweisen, kann ein mehr oder weniger enger sein; die Sachen können vertretbar oder nicht vertretbar sein (I § 141)[17]. Die generische Obligation ist ebensowenig eine bedingte, wie die alternative: es steht auch hier die Leistungspflicht

---

[15] Vgl. Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 366 fg. (1861), Bekker Jahrb. des gem. R. V S. 350 fg. (1862), Goldschmidt Handelsrecht § 61. 62. — Alternative und generische Obligation sind keine sich ausschließende Gegensätze. Auch bei der alternativen Obligation kann die eine oder die andere der Alternativen oder sie können alle generisch bestimmt sein. Ebenso kann die generische Bestimmung zugleich alternativ sein (eine Leistung von diesen Merkmalen, und außerdem von dem Merkmal a oder b). Hierher gehört der interessante von Römer in seinen Abhandlungen I S. 132 fg. besprochene Fall.

[16] Eine generische Obligation ist es aber auch, wenn Jemand zu einer nur ihrer Art nach bezeichneten Arbeit verpflichtet ist. Vgl. l. 54 § 1 D. de V. O. 45. 1.

[17] Beispiele: ein brauchbares Pferd — ein brauchbares Reitpferd — ein vor der Front brauchbares Reitpferd — ein Pferd dieser Art vier Jahre alt ꝛc. Ein Wispel Weizen — ein Wispel polnischen Weizens — ein Wispel polnischen Weizens so und so viele Pfund schwer. Ein Wispel Weizen aus dieser Schiffsladung; ein Ohm Wein aus diesem Stückfaß. Eines von meinen Gemälden. — In den Fällen, wo der Kreis der Sachen, aus welchem geleistet werden soll, in anderer Weise, als durch ein Gattungsmerkmal, bezeichnet ist (wie in den drei letzten der genannten Beispiele), nimmt Savigny (Oblig. I § 38. q. t. und S. 400) eine alternative, keine generische Obligation an; ebenso Hasenöhrl S. 199. S. dawider Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht I S. 341 Note 23, Ihering a. a. O. S. 406, Bekker a. a. O. S. 365. Andere betonen, daß doch ein Unterschied sei zwischen der Bestimmung der zu leistenden Sache nach einem Gattungsmerkmal und nach ihrer Zugehörigkeit zu einem gewissen concreten Vorrath. Goldschmidt § 61 Note 21, Brinz 2. Aufl. II § 242, Bechmann Kauf II S. 322 fg., Dernburg Preuß. Privatr. II § 28 Note 3, [Pand. II § 25 a. E.]. Gewiß ist ein Unterschied, und es mag auch zugegeben werden, daß für den letzten Fall der Ausdruck generische Obligation (generelle Obligation, Gattungsobligation) nicht mehr ganz paßt. Aber er hat mit dem Fall der Bestimmung der Leistung nach einem Artmerkmale das Wesentliche gemein, daß auch in ihm keine der zu dem bezeichneten Kreise gehörigen Sachen als dieses Sachindividuum in obligatione ist (was mit Energie hervorhebt Kohler Jahrb. für Dogm. XVIII S. 390 fg.), und ein zusammenfassender Ausdruck für diese wichtige Eigenthümlichkeit des obligatorischen Rechtsverhältnisses ist Bedürfniß. Uebrigens ist zuzusehen, ob nicht in einem gegebenen Fall die generische Bezeichnung nur eine Abkürzung der alternativen ist, d. h. ob nicht auch bei der generischen Bezeichnung bestimmt vorgestellte Individuen in's Auge gefaßt waren. Oder will man verschiedenes Recht in Anwendung bringen (Note 21), je nachdem der Eigenthümer zweier Pferde „eines von meinen Pferden" oder „entweder mein Pferd A oder mein Pferd B" verspricht? Vgl. auch Zitelmann Irrthum S. 510.

fest, und nur der Leistungsinhalt ist ungewiß[18]. Auch für das Wahlrecht gilt hier das Gleiche, wie bei der alternativen Obligation, so daß also der Gläubiger die Wahl nur dann hat, wenn darüber eine Bestimmung getroffen ist[19]. Was die Möglichkeit der Concentration der generischen Obligation auf einen concreten Leistungsinhalt und die Art und Weise angeht, wie eine solche Concentration erfolgt, so gelten bei der generischen Obligation zwar im Uebrigen die gleichen Grundsätze, wie bei der alternativen[20], mit Ausnahme jedoch des Falls, wo jeder andere Leistungsinhalt bis auf Einen unmöglich wird; durch eine solche Unmöglichkeit concentrirt die Obligation sich nicht auf den einen möglich gebliebenen Leistungsinhalt in seiner concreten Individualität, derselbe bleibt Gegenstand der Obligation als Ding gewisser Art[21]. Dagegen haftet der Schuldner, wenn durch seine Schuld jede Leistung unmöglich wird, nach den gewöhnlichen Grundsätzen.

---

[18] Das Vermächtniß einer generisch bestimmten Sache geht auf die Erben über, vgl. z. B. l. 25 § 17 D. fam. erc. 10. 2. Für eine bedingte Obligation erklärt die generische Obligation Mommsen a. a. O. S. 337. 341. S. dawider Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. II S. 137 Note 21, Bekker a.a.O. S. 368—370. 398—400, Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLIV S. 188 fg. S. auch § 390 Note 9.

[19] L. 32 § 3 D. de cond. ind. 12. 6, l. 52 D. mand. 17. 1, § 22 I. de leg. 2. 20.

[20] Namentlich also, daß die Concentration zwar durch die wirkliche Leistung (vgl. l. 2 § 1 l. 85 § 4 D. de V. O. 45. 1, l. 9 § 1 l. 34 § 1 D. de sol. 46. 3), sowie durch einen darauf gerichteten Vertrag der Parteien erfolgt, durch eine einseitige Erklärung des Wahlberechtigten aber nur dann, wenn dieß in dem begründenden Rechtsgeschäft bestimmt ist (vgl. l. 117 D. de V. O. 45. 1 und III § 661 Note 5). Diese Frage ist in neuerer Zeit namentlich mit Rücksicht auf den Kauf generisch bestimmter Sachen verhandelt worden: von welcher Zeit an trägt der Käufer die Gefahr? S. besonders Thöl Handelsrecht I § 73 (6. Aufl. § 262), Jhering und Bekker in den in Note 15 citirten Abhandlungen, Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 183 fg. Näheres § 390 Note 8. Annahmeverzug des Gläubigers: § 346 Note 3.

[21] Wenn beim Kauf alternativ bezeichneter Gegenstände alle ohne Schuld des Verkäufers untergehen, so trägt der Käufer die Gefahr des letzten (l. 34 § 6 D. de contr. emt. 18. 1); anders bei dem Kauf generisch bezeichneter Gegenstände (l. 35 § 7 eod., l. 1 § 1 l. 5 l. 15 [14] § 1 D. de peric. 18. 6). Kommt bei der alternativen Obligation eine der bezeichneten Sachen in das Eigenthum des Gläubigers, oder steht sie gleich von Anfang in dem Eigenthum des Gläubigers, so kann dieselbe, wenn sie hinterher wieder aus dem Eigenthum des Gläubigers hinausgeht, weder gefordert noch geleistet werden (l. 72 § 4 D. de sol. 46. 3, l. 128 D. de V. O. 45. 1); bei der generischen Obligation ist es auch in dieser Beziehung anders (l. 67 l. 72 § 4 D. de sol. 46. 3). Allerdings war unter den römischen Juristen auch die Meinung vertreten, daß die generische Obligation in dieser letzteren Beziehung nicht anders zu behandeln sei, als die alternative, und es ist sogar eine diese Meinung geltend machende Stelle von den Compilatoren aufgenommen worden (l. 66 § 3 D. de leg. II° 31); aber

B. Hervorzuhebende besondere Gegenstände der Forderungsrechte.

1. Geldleistung*.

§ 256.

Unter den besonderen Gegenständen der Forderungsrechte gibt es einige, von welchen ihrer umfassenden Bedeutung wegen sogleich hier im allgemeinen Theil des Obligationenrechts gehandelt werden muß. Zu diesen gehört vor Allem die Leistung von Geld.

Die Geldleistung ist nicht nur eine der wichtigsten unter den Leistungen, auf welche ein Forderungsrecht sogleich von Anfang an gerichtet sein kann, sondern es ist auch jede andere obligatorische Leistung, welche einen Vermögenswerth hat, im Stande, sich unter Umständen in eine Geldleistung zu verwandeln. In Betreff der Geldleistung sind folgende juristische Regeln zu bemerken.

---

gegenüber den oben genannten Stellen über die Tragung der Gefahr beim Kaufvertrage darf auf diese Stelle kein Gewicht gelegt werden. Vgl. auch Bekker a. a. O. § 4. 7, Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht I S. 341 (dazu Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. S. 138 Note 21 a. E.). A. M. Bechmann Kauf II S. 324 fg. für den Fall eines oder mehrerer, aus einem Vorrath, der kein körperliches Ganze bildet, auszuscheidenden Stücke, welchen Fall er wie eine alternative Obligation behandeln will. (Bechmann nennt den Satz im Text „etwas gewunden"; ich wüßte nicht, wie man den Gegensatz zwischen alternativer und generischer Obligation präciser ausdrücken könnte. Was Bechmann [und Brinz 1. Aufl. II § 242 Note 25] darin gesagt finden, sagt er freilich nicht.).

* G. Hufeland über die rechtliche Natur der Geldschulden, Berlin 1851 (Wiederabdruck eines im Jahre 1807 erstatteten Gutachtens). Pfeiffer praktische Ausführungen I S. 51 fg. und VII S. 68 fg. (1825. 1844). Souchay Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IX S. 340 fg. (1851). G. Hartmann über den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden (1868). (Darüber Karlowa krit. VJSchr. XI S. 526 fg. [1869] und Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. XIII S. 367 fg. [1869].) Goldschmidt Handbuch des Handelsrechts I S. 1060—1231. Fritz Erläuterungen II S. 12—20, Unterholzner I § 113—115, Vangerow III § 570, Savigny Oblig. I § 40—48, Arndts § 205, Sintenis II § 85, Holzschuher III § 212, Beseler § 104 (110. 111). [Dernburg II § 26, Bekker I § 75, Wendt § 36. 189.] — Ueber die reiche volkswirthschaftliche Literatur s. Goldschmidt S. 1090. 1091. Dazu: C. Knies; das Geld. Darlegung der Grundlehren vom Gelde. Berlin 1873. 2. Aufl. 1885. — Wiener Münzvertrag zwischen den durch die Münzconvention vom 30. Juli 1838 vereinigten Zollvereinsstaaten einerseits und Oesterreich und Liechtenstein andererseits, dazu Landesgesetze in den einzelnen Staaten. (Oesterreich und Liechtenstein sind von diesem Vertrage 1866 zurückgetreten.) Reichsgesetz vom 4. Dezember 1871 über die Ausprägung von Reichsgoldmünzen. Reichsmünzgesetz vom 9. Juli 1873. Reichsgesetz betr. die Ausgabe von Reichskassenscheinen vom 30. April 1874. Reichsbankgesetz vom 14. März 1875. Vgl. Mandry 3. Aufl. S. 183 fg. (2. Aufl. S. 203 fg.).

1. Es kann vorkommen, daß der Name der Münzsorte, in welcher eine Geldschuld ausgedrückt ist, auf Münzen verschiedenen Werthes paßt[1]. Es ist dann durch Auslegung zu bestimmen, welche Münze wirklich gemeint ist, im Zweifel aber gegen denjenigen, der deutlicher hätte reden sollen[1a], dann für die Münze geringeren Werthes zu entscheiden[2].

2. In welcher Münzsorte muß eine Geldschuld getilgt werden?

a. Ist darüber (bei der Begründung der Schuld oder hinterher) durch Festsetzung der Parteien eine Bestimmung getroffen worden[3], so ist diese maßgebend. Doch ist zuzusehen, ob nicht einer solchen Bestimmung durch eine besondere gesetzliche Bestimmung die Verbindlichkeit abgesprochen ist[4]. Und auch dann muß sich der Gläubiger Zahlung in einer anderen als der bestimmten Münzsorte gefallen lassen, wenn die letztere zur Zeit der Zahlung aus dem Verkehr verschwunden[5] oder so selten geworden ist, daß sie ohne verhälnißmäßige Opfer nicht mehr beschafft werden kann[6].

---

[1] Wie dieß namentlich mit dem Namen der in Deutschland früher am Meisten gebrauchten Münzen, des Thalers und des Gulden, vielfach der Fall gewesen ist. Vgl. Savigny S. 419—423, Goldschmidt S. 1085—1090. § 256.

[1a] S. I § 85 Note 7a.

[2] Der Gläubiger erhält das Weniger, weil nicht nachgewiesen werden kann daß ihm das Mehr gebührt. S. I § 84 Note 4 und 7a. Savigny S. 466. 467.

[3] Dabei ergeben sich Auslegungsfragen, namentlich was Darlehnsschulden angeht. a) Liegt nicht schon darin, daß ein Darlehn in einer gewissen Münzsorte hingegeben wird, die stillschweigende Vereinbarung, daß es in derselben Münzsorte zurückgegeben werden solle? Offenbar nicht. Sehr mit Unrecht hat man sich für das Gegentheil auf l. 99 D. de sol. 46. 3 berufen. Vgl. Savigny S. 470, Vangerow Nr. I, Goldschmidt § 105 Note 26. b) Wie aber, wenn in der Darlehnsurkunde ausdrücklich gesagt ist, daß die dargeliehene Summe in dieser oder jener Münzsorte hingegeben worden sei? Auch das braucht keineswegs von der Auferlegung der Verpflichtung zur Rückzahlung in der nämlichen Münzsorte verstanden zu werden; es liegt sogar die andere Auslegung viel näher, daß damit nur der Betrag der hingeliehenen Summe genauer hat bestimmt werden sollen. Besonders deutlich tritt dieß dann hervor, wenn eine Angabe über den Werth, zu welchem die betreffende Münzsorte berechnet worden sei, hinzugefügt ist. c) Nicht anders ist der Fall zu beurtheilen, wo es in der Darlehnsurkunde heißt, daß ein Darlehn von so und so viel „Stück" einer gewissen Münzsorte gegeben worden sei. Vgl. Pfeiffer a. a. O. § 9—11. d) Nach dem HGB. Art. 336 gilt die Münzsorte des Ortes als bedungen, wo der Vertrag erfüllt werden soll, und es kann in Ermangelung ausdrücklicher gegentheiliger Bestimmung in Landesmünze gezahlt werden, wenn die im Vertrag bestimmte Münzsorte am Zahlungsort nicht im Umlauf ist. S. auch WO. Art. 37.

[4] So verbot der Wiener Münzvertrag Art. 21 der Staatscasse und den unter Autorität des Staates bestehenden öffentlichen Anstalten, sich das Recht der Zahlung alternativ in Gold oder Silber vorzubehalten. S. auch HGB. Art. 336.

[5] Es ist dann für den Schuldner eine unverschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung eingetreten.

b. Ist eine Bestimmung der gedachten Art nicht getroffen, oder greift die getroffene aus einem der angegebenen Gründe nicht Platz, so ist

α. in derjenigen Münzsorte zu zahlen, welche am Ort der Zahlung als Zahlungsmittel gesetzlich vorgeschrieben ist (Währung)[7]. Sind mehrere Münzsorten als Zahlungsmittel gesetzlich anerkannt, so hat der Schuldner zwischen denselben die Wahl, unabhängig davon in welcher Münzsorte die Schuld ausgedrückt ist[8]. Scheidemünze[9] braucht nur in dem gesetzlich bestimmten Betrag[10], oder wenn eine gesetzliche Bestimmung dieses Inhalts fehlen sollte, nicht über den kleinsten in grober Münze darstellbaren Betrag hinaus[11] angenommen zu werden. Stücke, welche in Folge fehlerhafter Ausprägung hinter dem gesetzlich vorgeschriebenen Gewicht oder Feingehalt um Mehr als

---

6 Arg. l. 71 § 3 D. de leg. I° 30. Unterholzner S. 235, Vangerow Nr. II, Savigny S. 468. d, Sintenis § 85 Anm. 27, Goldschmidt S. 1158.

7 Vgl. Goldschmidt § 104. — In Deutschland sind nach dem Reichsmünzgesetz Währung die Goldmünzen zu 20, 10 und 5 Mark (69$^{3}/_{4}$, 139$^{1}/_{2}$, 279 Stück auf das Pfund), so jedoch, daß bis auf Weiteres auch die Ein- und Zweithalerstücke deutschen Gepräges (nach dem Reichsgesetz vom 20. April 1874 auch die in Oesterreich bis zum Schlusse des Jahres 1867 geprägten) angenommen werden müssen. (Die Zweithalerstücke sind durch Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 2. November 1876 außer Curs gesetzt worden.) Ueber Silber- Nickel- und Kupfermünzen s. Note 10. — Nach dem Wiener Münzvertrag war in Deutschland Währung: in den Ländern der Thalerrechnung der Thaler zu 30 Stück auf das Pfund Silber und dessen Theilstücke bis zu $^{1}/_{6}$ Thaler, in den Ländern der Guldenrechnung der Gulden zu 52$^{1}/_{2}$ Stück auf das Pfund Silber und dessen Theilstücke bis zu $^{1}/_{4}$ Gulden, so jedoch, daß den nach diesem Münzfuß ausgeprägten Thaler- und Guldenstücken die Thaler und Gulden des früheren 14-Thaler- und 24$^{1}/_{2}$-Guldenfußes (14 Thaler und 24$^{1}/_{2}$ Gulden auf die Kölnische Mark) gleichgestellt waren, und daß die Thaler des 30- und 14-Thalerfußes auch in den Ländern des Guldengeldes angenommen werden mußten.

8 Denn daraus, daß die Schuld in einer bestimmten Münzsorte ausgedrückt ist, folgt nicht, daß Zahlung in dieser Münzsorte ausbedungen ist. S. Note 3. a.

9 Scheidemünzen (Gegensatz: Courant- oder grobe Münzen) sind Münzen, welche, um dem Bedürfniß des täglichen Verkehrs nach kleineren Werthen zu genügen, zu einem Nennwerth ausgeprägt werden, welchem ihr Metallwerth nicht entspricht. Nach dem Reichsmünzgesetz sind Scheidemünzen nicht bloß die Nickel- und Kupfermünzen, sondern auch die Silbermünzen zu 5, 2, 1, $^{1}/_{2}$ und $^{1}/_{5}$ Mark (sie enthalten nur $^{9}/_{10}$ des Silbers, welches sie nach ihrem Nennwerth enthalten sollten).

10 Nach dech Reichsmünzgesetz Art. 9 brauchen Silbermünzen nur bis zum Betrage von 20 Mark angenommen zu werden (mit Ausnahme jedoch der öffentlichen Kassen), Nickel- und Kupfermünzen nur bis zum Betrage von 1 Mark. Wiener Münzvertrag Art. 14: nicht über den in der kleinsten groben Münze darstellbaren Betrag hinaus.

11 Dieß folgt aus dem Wesen der Scheidemünze, und muß daher in Ermangelung einer besonderen gesetzlichen Bestimmung als dem Sinn des Gesetzgebers gemäß angenommen werden.

das gesetzlich erlaubte Maß[12] zurückbleiben, können zurückgewiesen werden[13], ebenso beschädigte[14] und abgenützte[15] Stücke. Der gesetzlichen Bestimmung steht hier, wie überall, Gewohnheitsrecht gleich[16].

β. In Ermangelung einer gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Währung[17] muß jede Münzsorte angenommen werden, welche am Ort der Zahlung Curs hat[18], ohne Unterschied zwischen Gold-

---

[12] S. g. Remedium. S. aber auch Note 13.

[13] Nach dem Reichsgesetz vom 4. December 1871 § 9 und dem Reichsmünzgesetz Art. 2 soll für die Goldmünzen die Abweichung in Mehr oder Weniger im Gewicht nicht mehr als $2^1/_2/_{1000}$, bei Fünfmarkstücken $^4/_{1000}$, und im Feingehalt nicht mehr als $^2/_{1000}$ betragen, nach § 9 und Art. 2 das. aber können nur diejenigen Stücke zurückgewiesen werden, welche hinter dem Normalgewicht um mehr als $^5/_{1000}$ bez. $^8/_{1000}$ (Passirgewicht) zurückbleiben. Bei den Silbermünzen darf nach Art. 3 § 1 des Reichsmünzgesetzes die Abweichung um Mehr oder Weniger im Feingehalt nicht mehr als $^3/_{1000}$, im Gewicht, mit Ausnahme der Zwanzigpfennigstücke, nicht mehr als $^{10}/_{1000}$ betragen. Vgl. Wiener Münzvertrag Art. 10. — Hartmann S. 79 leugnet, daß den gesetzlichen Bestimmungen über die erlaubte Fehlergrenze privatrechtliche Bedeutung zukomme; dagegen Karlowa S. 547. — Wie ist es, wenn die Staatsgewalt absichtlich die Münzen zu einem geringeren Feingehalt, als ihr Nennwerth bezeichnet, ausgeprägt haben sollte? Auch in diesem Fall kann die Münze zurückgewiesen werden. Die gesetzliche Bestimmung lautet, daß Münzen von einem gewissen Feingehalt angenommen werden müssen; die von der Staatsgewalt durch den Münzstempel abgegebene Erklärung, daß diese Münze den bestimmten Feingehalt habe, hat nicht nothwendig den Sinn, daß die Münze als den bestimmten Feingehalt habend anerkannt werden müsse, und setzt, wenn sie diesen Sinn hat, um bindend zu sein, voraus, daß die Staatsgewalt einseitig und in dieser Form, Gesetze zu machen befugt sei. Vgl. Savigny S. 444—447, Goldschmidt S. 1139 (welcher annimmt, die Erklärung der Staatsgewalt über den Feingehalt der Münze sei im Zweifel dahin zu verstehen, daß jede Münze, welche nicht den gesetzlichen Feingehalt habe, als eine irrthümlich in Verkehr gesetzte oder rechtswidrig veringerte gelten solle), Karlowa S. 545 fg. (welcher die Bedeutung des Münzstempels dahin bestimmt, daß er beweise, ohne den Gegenbeweis auszuschließen), Knies S. 319. 320 (ebenso). A. M. Hartmann S. 75 fg., Bekker die Couponsprozesse der österr. Eisenbahngesellschaften (1881) S. 97 fg., Mandry S. 187 (208).

[14] Reichsgesetz vom 4. December 1871: „welche . . durch gewaltsame oder gesetzwidrige Beschädigung am Gewicht verringert sind".

[15] Für die Reichsgoldmünzen gilt dabei die in Note 13 bezeichnete Grenze. Reichs-Silber-, Nickel- und Kupfermünzen können arg. Art. 10 des Reichsmünzgesetzes zurückgewiesen werden, wenn sie „an Gewicht oder Erkennbarkeit erheblich eingebüßt haben". Vgl. übrigens auch Goldschmidt § 104 Note 71; gegen denselben Karlowa S. 548.

[16] Goldschmidt § 104 Note 44, vgl. S. 1137.

[17] In der Verkennung des Begriffs der Währung liegt der Mangel der glänzenden und epochemachenden Savigny'schen Darstellung (vgl. namentlich S. 407—408. 454), unter deren Einfluß auch die ersten Ausgaben dieses Lehrbuches stehen. Dawider Goldschmidt, Hartmann, Karlowa, Knies (S. 326 fg.).

[18] Welche am Ort der Zahlung als allgemeines Tauschmittel angenommen wird. Der Gläubiger kann verlangen, daß ihm die in den Münzstücken, auf

und Silber-, zwischen ausländischen und inländischen Münzen[19] — Scheidemünzen jedoch nur zu dem Betrage, welcher in grober Münze nicht darstellbar ist[20]. Ueber Papiergeld s. Ziff. 5.

3. Zu welchem Werthe muß der Gläubiger die Münzsorte annehmen, welche er annehmen muß? Währungsmünzen zu ihrem Nennwerth[21], andere Münzen zu ihrem Curswerth[22].

4. Welches ist der Werth der Münzsorte, in welcher die Schuld ausgedrückt ist?[23] Handelt es sich um eine durch Gesetz oder Richter-

---

welche die Geldschuld geht, enthaltene Quantität (edlen) Metalls geleistet werde a) in Münzform, b) in solcher Münzform, durch welche ihm die Vermögensmacht gewährt wird, welche das Geld zu gewähren bestimmt ist.

[19] Vgl. Unterholzner S. 231. 232, Vangerow Nr. I a. A., Sintenis S. 59.

[20] Nach dem Begriff der Scheidemünze (Note 9).

[21] Der Nennwerth wird auch „äußerer Werth" genannt, im Gegensatz zum Metallwerth als „innerem Werth". — Es liegt im Begriff des Währungssystems, daß es seinen Münzen nicht bloß Zwangscurs verleiht, sondern auch Zwangscurs zu einem bestimmten Werth — Zwangscurs nicht zu einem bestimmten Werth wäre keiner — und daß Zwangscurs zum Nennwerth gemeint sei, ist auch ohne ausdrückliche Bestimmung anzunehmen, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich bestimmt ist. Goldschmidt S. 1119. Entspricht der Metallwerth der Währungsmünze nicht ihrem Nennwerth, und hat sich in Folge davon für sie ein niedrigerer Curs gebildet, so wird nicht etwa dieser Curswerth zum gesetzlichen Werth; aber der Gläubiger braucht nun die Münze gar nicht anzunehmen (Note 13). Hierdurch vermindert sich die praktische Bedeutung der Streitfrage, ob der Curswerth der entscheidende ist (Savigny, welchem folgen Vangerow a. a. O., Arndts § 205 Anm. 5, Rudorff zu Puchta § 38 Note k), oder der Nennwerth (Pfeiffer, Souchay, Hartmann, Karlowa, Goldschmidt, Beseler). Vgl. Goldschmidt § 105 Note 59. Es bleiben aber übrig die Fälle, wo der Curswerth aus anderen Gründen, als wegen Differenz zwischen Nenn- und Metallwerth, ein niedrigerer geworden sein sollte, oder wo er wegen einer solchen Differenz oder aus anderen Gründen (namentlich wegen vermehrter Nachfrage im Auslande) ein höherer geworden ist. Nach der Theorie Savigny's ist auch in diesen Fällen der Curswerth der Münze der entscheidende, so daß der Gläubiger sie nur zu dem niedrigeren Curswerth anzunehmen braucht und sie zu dem höheren annehmen muß, während die entgegengesetzte Ansicht Beides leugnet. — [Den „seltsamen Widerspruch", welchen Bekker Pand. I § 75 Note ff. hier zwischen Note und Text findet, würde er nicht gefunden haben, wenn er das zuvor bei *β* Gesagte beachtet hätte.]

[22] Dadurch, daß der Verkehr der Münze einen höheren oder geringeren Werth beilegt, als ihr nach ihrem Metallgehalt zukommt, erhält sie als Münze, als Trägerin einer Vermögensmacht, diesen Werth wirklich. Goldschmidt § 104 Note 5. 6, § 105 Note 64.

[23] Diese Frage muß immer beantwortet werden, wenn die Schuld in einer andern Münzsorte getilgt wird, als in welcher sie ausgedrückt ist. Aber auch wenn sie in derselben Münzsorte getilgt wird, in welcher sie ausgedrückt ist, ist zu erwägen, ob nicht dieser Münzsorte durch den Begründungsact ein anderer Werth beigelegt worden ist, als sie gegenwärtig hat, und zu welchem der Gläubiger sie annehmen muß. — Auch bei dieser Frage, wie bei der unter der vorigen

spruch begründete Schuld[24], so entscheidet lediglich der Nennwerth zur Zeit der Begründung der Schuld, ohne alle Rücksicht auf etwaige Abweichungen des Metall- oder des Curswerthes[25]. Beruht dagegen die Schuld auf Privatwillenserklärung, so ist zwar im Zweifel[26] nicht anzunehmen, daß die Parteien auf bloße Schwankungen des Curses haben Rücksicht nehmen wollen[27], so daß die Differenz des Curses zwischen der Zeit der Begründung der Schuld und der Zeit der Zahlung dem Schuldner zu Gute kommt und zur Last fällt[28]. Besteht aber eine Differenz zwischen Nenn- und Metallwerth, und hat sich in Folge davon ein vom Nennwerth abweichender Curs gebildet, so muß im Zweifel allerdings angenommen werden, daß für die Auffassung der Parteien nicht der Nennwerth, sondern der Metallwerth, in seiner Begrenzung durch den Curs zur Zeit der Zahlung

Nummer bezeichneten, wird gestritten um Nennwerth, Metallwerth oder Curswerth. Beide Fragen werden aber nicht immer, und sogar gewöhnlich nicht, auseinander gehalten. Vgl. Goldschmidt S. 1161 fg., dessen Darstellung im Einzelnen aber von der hier gegebenen abweicht. S. auch Knies S. 320 fg.

[24] In welchen Fällen die Schuld immer in Währung ausgedrückt ist.

[25] Das die Schuld begründende Gesetz kann der Münze keinen andern Werth beilegen, als das Münzgesetz, ebensowenig der Richter, welcher im Namen des Staates spricht.

[26] Es handelt sich hier, wie in dem folgenden Fall (Note 29), lediglich um Interpretation des (durch eine gesetzliche Bestimmung nicht gehemmten) Parteiwillens.

[27] Eben weil sie bloße Schwankungen sind, nichts Festes, sondern etwas Vorübergehendes.

[28] Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Schuld in Währung ausgedrückt ist, oder in einer andern Münzsorte. Auch im letzteren Falle ist im Zweifel als Absicht der Parteien anzunehmen, daß Münzen der bezeichneten Art (des bezeichneten Nennwerthes) geleistet werden sollen, nicht daß Münzen der bezeichneten Art in gleichem Curswerth, wie zur Zeit der Begründung der Schuld, geleistet werden sollen. Ist Zahlung in anderer Münzsorte ausdrücklich gestattet, oder bei gesetzlicher Erlaubtheit nicht verboten, so ist als Absicht der Parteien anzunehmen, daß der Gläubiger gleichen Werth erhalten solle, wie er erhalten haben würde, wenn er die bezeichnete Münzsorte selbst erhalten hätte, so daß auch in diesem Fall der Curswerth zur Zeit der Zahlung entscheidet. Abweichende Ansichten bei Goldschmidt S. 1163, Savigny S. 467; gegen Letzteren Hartmann S. 106 fg., Karlowa S. 555; dann wieder Goldschmidt Zeitschr. S. 387 fg. — Man könnte geneigt sein, der Zeit der Zahlung die Verfallzeit, wenn eine solche festgesetzt ist, zu substituiren. Allein dieser Gedanke ist abzuweisen. Eine Verfallzeit wird festgesetzt nicht um zu bestimmen, wie viel der Gläubiger erhalten soll, sondern um zu bestimmen, wann er erhalten soll. Nur im Fall des Verzuges kann der Gläubiger den höheren Werth der Verzugszeit fordern (§ 280 Ziff. 2). — Ist die Münzsorte, in welcher die Schuld ausgedrückt ist, zur Zeit der Zahlung nicht mehr vorhanden, so tritt an die Stelle des Curses zur Zeit der Zahlung der letzte Curs. Die Schuld geht auf einen Werth, welcher durch den Curs bezeichnet wird bezw. bezeichnet werden wird. Bei der letzten Bezeichnung muß stehen geblieben werden, eben weil sie die letzte ist.

maßgebend gewesen ist[29]. Liegt zwischen der Zeit der Begründung der Schuld und der Zahlung ein Uebergang von der Gold- zur Silberwährung oder umgekehrt[30], so ist der Umrechnung dasjenige Verhältniß des Werthes von Gold oder Silber zu Grunde zu legen, welches zur Zeit des Ueberganges bestand[31]. Kein Einfluß auf die Bestimmung des Inhalts der von einer Geldschuld geforderten Leistung darf dem Tauschwerth des Geldes überhaupt beigelegt werden[32].

---

[29] Die Differenz zwischen dem Nennwerth und dem wirklichen Werth der Münze ist in diesem Fall nichts Vorübergehendes, sondern etwas Bleibendes, schwankend ist oder kann sein nur ihr Maß. Daß für die Bestimmung dieses Maßes auf die Zeit der Zahlung gesehen werden soll, rechtfertigt durch das in der vorigen Note Gesagte. Ist die Münzsorte nicht mehr vorhanden, so tritt auch hier der letzte Curs ein. — Ist bei der Begründung der Schuld trotz der Differenz des Nenn- und des Metallwerthes der Curswerth dem ersteren gleich, so ist damit für die Auffassung der Parteien jene Differenz, auch wenn sie ihnen bekannt sein sollte, gedeckt.

[30] Ist bei Aufrechterhaltung der Gold- bez. Silberwährung bloß der Münzfuß geändert, so erfolgt die Umrechnung nach der Verhältniß des Feingehaltes der alten und der neuen Münzsorte. Daß in diesem Fall nicht etwa der vielleicht gleich gebliebene Name der Münzsorte entscheidend ist, so daß die gleiche Anzahl von Münzstücken, wie in der Schuld bezeichnet ist, geleistet und gefordert werden dürfte, ist selbstverständlich. Seuff. Arch. II. 15. 147, XII. 133. — Ebenso selbstverständlich ist, daß, wenn bloß der Nennwerth der Münze geändert worden ist, für die Bestimmung des Inhalts der Schuld maßgebend ist nicht der jetzige, sondern der frühere Nennwerth — es müßte denn die Veränderung des Nennwerthes nur der Ausdruck einer Differenz zwischen dem früheren Nennwerth und dem Metallwerth sein, auf welche bei der Begründung der Schuld bereits Rücksicht genommen worden ist.

[31] Es ist zu sehen weder auf die Zeit der Begründung der Schuld noch auf die Zeit der Zahlung. Es ist zu leisten der Werth, welchen die Münzsorte hatte zur Zeit, wo sie (gesetzlich) aufhörte zu existiren. Auf diesen Werth ging die Forderung zur Zeit, wo ihre Erfüllung in der verlangten Münzsorte durch das Gesetz unmöglich gemacht wurde. Knies S. 336 fg., Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. XIX S. 327, Behrend Zeitschr. f. Handelsr. XXVIII S. 411. Goldschmidt war früher (Handelsr. S. 1175) für die Zeit der Entstehung der Schuld; Bekker in der Schrift über die Couponsprozesse der österreichischen Eisenbahngesellschaften (1881) erklärt sich (im Princip) für die Zeit der Fälligkeit (S. 102 fg. 135); Hartmann S. 83 fg. und in der Schrift: Internationale Geldschulden (1882) sieht die Werthrelation von Silber zu Gold zur Zeit des Ueberganges nur als Grundlage für die Gesetzgebung an. An einer gesetzlichen Bestimmung wird es allerdings in einem solchen Fall kaum jemals fehlen; Reichsmünzgesetz Art. 14 § 2: der Thaler = 3 Mark, der Gulden = $1^5/_7$ Mark, die Mark lübischer oder hamburgischer Kurantwährung = $1^1/_5$ Mark. Aber es kann sein, daß diese Bestimmung (etwa für ausländische Gläubiger) nicht Platz greift, was in dem Fall der s. g. österreichischen Silbercoupons wenigstens fraglich ist. Auf diesen Fall bezieht sich außer der genannten Schrift von Bekker auch die gleichfalls zuvor genannte von Hartmann (über die erste: Czyhlarz krit. VJschr. XXIV S. 53 fg., Behrend Zeitschr. f. Handelsr. XXVIII S. 402 fg.; über die zweite Brinz krit. VJSchr. XXV S. 50 fg., Cosack Zeitschr. f. Handelsr. XXIX S. 323).

5[33]. Es gibt nicht bloß Metallgold, von welchem bisher allein die Rede gewesen ist, sondern auch Papiergeld. Papiergeld ist nicht wirkliches Geld, da es die Quantität (edlen) Metalls, welche es bezeichnet, nicht enthält, sondern nur vorstellt[34]. Deßwegen braucht es außer dem Ausgeber[35] Niemand an Zahlung anzunehmen, wenn dieß nicht gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich vorgeschrieben und dadurch das Papiergeld zur Währung erhoben worden ist[35a]. Ist dieß der Fall, so muß es als Zahlung auch für solche Schulden angenommen werden, die zur Zeit der reinen Metallwährung begründet worden sind, und zwar zu seinem Nennwerth[36]. Wird eine Schuld unter der Herrschaft einer Papiergeldwährung begründet, so ist im Zweifel anzunehmen, daß Papiergeld und nicht Metallgeld gemeint ist[37]. Wird eine solche

---

Die in dieser Frage ergangenen Urtheile sind zusammengestellt in Zeitschr. f. Handelsr. XXVII S. 512 fg.

[32] Der Tauschwerth des Geldes hängt ab von dem Verhältniß, welches der Verkehr dem Werth der edlen Metalle zu dem Werth der Güter überhaupt anweist. Dieses Verhältniß ist kein constantes, und man hat nun die Behauptung aufgestellt, daß wenn dasselbe sich zwischen der Entstehung und der Tilgung einer Geldschuld geändert habe, auch darauf Rücksicht genommen, also um so viel Mehr oder Weniger geleistet werden müsse. Das ist irrig. Der Inhalt einer verschuldeten Geldleistung ist: Verschaffung einer gewissen Quantität edlen Metalls in Münzform. Welche Macht dadurch dem Eigenthümer gewährt wird, ist für den Inhalt der Geldschuld gleichgültig. Vgl. Savigny S. 443—445. 461—463, Vangerow Nr. I. 4, Sintenis § 85 Note 20, Goldschmidt § 105 Note 48, Hartmann S. 69.

[33] Vgl. überhaupt Goldschmidt § 107—109.

[34] Dieß gilt auch von der als Geld circulirenden Banknote. Dieselbe ist aber zugleich Träger eines Forderungsrechtes, und daher mehr als (das eigentliche) Papiergeld.

[35] Goldschmidt S. 1199: „was „„Geld““ sein soll, muß wenigstens der Ausgeber, aber dieser schlechthin, gegen sich als Zahlungsmittel gelten lassen, das undenkbare Gegentheil könnte nur durch Gesetz festgestellt werden“. Reichsbankgesetz § 4. 18. 19.

[35a] Art. 22 des Wiener Münzvertrages verbot den vertragenden Staaten Papiergeld mit Zwangscurs auszugeben, ohne daß für dessen Einlösbarkeit Sorge getragen wäre. Nach dem Reichsmünzgesetz Art. 18 und dem Reichsbankgesetz § 3 soll es nur Reichspapiergeld, und Banknoten nur auf Beträge von nicht weniger als 100 Mark geben. Das Reichsgesetz vom 30. April 1874 spricht dem Reichspapiergeld den Zwangscurs für den Privatverkehr ausdrücklich ab; nach dem Reichsbankgesetz § 2 besteht keine Verpflichtung zur Annahme von Banknoten und kann auch für Staatscassen durch Landesgesetz nicht begründet werden. S. auch das. § 11. 57, § 43 fg. 56.

[36] Das Mittel, welches der Gläubiger bei zu gering ausgeprägtem Metallgeld hat, das angebotene Zahlungsmittel ganz zurückzuweisen, fällt hier weg. Vgl. übrigens auch Hartmann S. 88 fg.

[37] Es ist anzunehmen, daß die Intention der Schuldbegründung auf dasjenige gerichtet gewesen sei, was als Zahlung angenommen werden muß.

Schuld zu einer Zeit getilgt, wo die reine Metallwährung wiederhergestellt ist, so ist so viel zurückzuzahlen, als das Papiergeld nach dem letzten Curse werth war[38].

2. Leistung des Interesse*.

§ 257.

Zur Leistung des Interesse[1] verpflichtet sein heißt: verpflichtet sein zum Ersatz des Nachtheils[2], welcher in der Vermögenslage[3] einer Person in Folge einer positiven[4] oder negativen[5] Thatsache eingetreten ist. Es soll der Unterschied ausgeglichen werden, welcher stattfindet zwischen der gegenwärtigen Vermögenslage einer Person und derjenigen Vermögenslage, in welcher diese Person sich befinden würde, wenn, was geschehen ist, nicht geschehen wäre, oder wenn geschehen wäre, was nicht geschehen ist.

[38] Vgl. Note 29. Hartmann S. 92; a. M. Karlowa S. 553.

* Das Hauptwerk über die Lehre vom Interesse ist das von Fr. Mommsen: zur Lehre vom Interesse (der „Beiträge zum Obligationenrecht" zweite Abtheilung, 1855). Dazu die Anzeige von Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. II S. 525—563. S. ferner: Cohnfeldt die Lehre vom Interesse nach Römischem Recht. Mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebung (1865). Voigt ius naturale &c. III S. 417—493 (1875). Gimmerthal die Lehre vom Interesse in ihren Grundzügen reconstruirt (1876). (Darüber Literar. Centralblatt 1877 S. 310, Kohler Zeitschr. f. franz. Civilr. VIII S. 269 fg.) Frühere „Versuche" (Puchta § 224. a) der Bearbeitung dieser Lehre sind: Schömann Lehre vom Schadenersatz, 2 Theile (1807). Fr. Hänel Versuch einer kurzen und faßlichen Darstellung der Lehre vom Schadenersatz (1823). v. Wening-Ingenheim (der Jüngere) die Lehre vom Schadenersatze nach römischem Recht (1841). — Unterholzner I § 125—131, Vangerow III § 571 Anm. 1—4, Sintenis II § 86, Unger Oesterreichische VJSchr. XIV S. 110 fg., Holzschuher III § 218, Brinz 2. Aufl. II S. 339—368. [Dernburg II § 44. 45, Wendt § 191.] Ueber die ältere Literatur s. Mommsen a. a. O. in der Vorrede.

§ 257. [1] Quanti (quod, in quantum) alicuius interest. Andere Bezeichnungen der Quellen für das Interesse sind: utilitas, damnum, causa rei. Vgl Mommsen § 5, Cohnfeldt S. 63—64. 68—69, Voigt S. 441 fg., Gimmerthal S. 14 fg. Ueber den Ausdruck quanti ea res est s. die Note 7.

[2] Andere sprechen, statt von Nachtheil, von Schaden, und bezeichnen demnach die Lehre vom Interesse als Lehre vom Schadensersatz. Vgl. § 258 Note 1 a. E. (übrigens auch Voigt a. a. O. S. 417 fg.).

[3] Ein Forderungsrecht auf Ersatz eines andern als Vermögensnachtheiles ist weder undenkbar (vgl. Note 6 und Text dazu) noch durch das positive Recht an und für sich ausgeschlossen (§ 251 Note 3). Aber jedenfalls sind Forderungsrechte dieser Art von verschwindender praktischer Bedeutung, und die juristische Lehre vom Interesse ist ausgebildet lediglich als Lehre vom Vermögensinteresse.

[4] Z. B. es ist eine Sache beschädigt worden (l. 21 § 2 D. ad leg. Aquil. 9. 2), die verkaufte Sache ist evincirt worden (l. 23 C. de evict. 8. 44 [45]).

[5] Z. B. es ist eine Verbindlichkeit nicht zu rechter Zeit erfüllt worden (l. 36 § 2 D. de usufr. 7. 1, l. 114 D. de V. O. 45. 1), es ist eine Genehmigung nicht ertheilt worden (l. 13 l. 18 D. ratam rem 46. 8).

Daß die bezeichnete Ausgleichung durch Leistung eines Geldäquivalentes zu geschehen habe, gehört zum Begriff des Interesse nicht[6], ist aber ein besonders häufiger und vorzugsweise wichtiger Fall. Tritt dieser Fall ein, so muß bei der Schätzung des Entzogenen zwar auf die Besonderheit der Verhältnisse, in denen die betreffende Person sich befindet[7], es darf aber nicht auf die Besonderheit ihrer Neigungen und Gemütsstimmungen Rücksicht genommen werden[8].

Unter den Gründen, welche zur Leistung des Interesse verpflichten, ist der wichtigste die Widerrechtlichkeit (unerlaubtes Verhalten), mag dieselbe eine bloße Rechtsverletzung oder vom Rechte besonders verboten (Delict) sein (§ 110)[9]. Widerrechtlichkeit ist aber nicht der einzig mögliche Grund der Verpflichtung zur Leistung des Interesse. Es kann das Interesse auch wegen einer nicht widerrechtlichen Thatsache geleistet werden müssen, auf Grund eines Rechtsgeschäfts, oder einer richterlichen Verfügung, oder unmittelbar kraft einer Rechtsbestimmung[10].

---

[6] Ist das durch die betreffende Thatsache Entzogene Geld, so geht die Interesseforderung zwar auf eine Geldleistung, aber nicht auf Leistung eines Aequivalentes in Geld. Ist das Entzogene etwas Anderes als Geld, so geht die Interesseforderung zunächst auf Leistung dieses Anderen, und nur, wenn die Leistung desselben unmöglich oder in directer Weise nicht erzwingbar ist, tritt Verwandlung in eine Geldleistung ein. Vgl. l. 9 pr. D. loc. 19. 2. [Entscheid. d. RG. XVII S. 112 (= Seuff. Arch. XLIII. 101).] A. M. Gimmerthal S. 47 fg., [Degenkolb der spezifische Inhalt des Schadensersatzes, Arch. für civ. Pr. XLVI S. 1 fg.] — Ersatz eines Nachtheils, der kein Vermögensnachtheil ist, durch eine Geldleistung? Dieser Gedanke hat im gemeinen Recht seinen Ausdruck im Schmerzensgelde gefunden. S. § 455 Note 31. Vgl. Pfaff zur Lehre vom Schadenersatz und Genugthuung nach österr. R. S. 11 fg. (1881), Unger Grünhut's Zeitschr. VIII S. 220 fg., Pfaff das. S. 719 fg. [Drukker Rechtsgeleerd magazyn VIII p. 1. 369 vlg.]

[7] Darin besteht eben das Wesen des Interesse. Es soll der betreffenden Person geleistet werden, was das Entzogene gerade ihr, nicht was es Jedermann werth ist. Vgl § 258 Note 12. Das Interesse bildet also den Gegensatz zum s. g. Sachwerth (verum rei pretium, vera rei aestimatio, vgl. z. B. l. 2 § 13 D. vi bon. rapt. 47. 8, l. 179 D. de V. S. 50. 16). Den Ausdruck „quanti ea res est“ gebrauchen die Quellen bald für den Sachwerth im Gegensatz zum Interesse, bald geben sie ihm den weiteren Sinn, daß er das letztere mit umfaßt. Vgl. z. B. l. 179 l. 193 D. de V. S. 50. 16, l. 1 § 4 D. si quis ius 2. 3, l. 9 § 8 D. ad exh. 10. 4; l. 68 D. de R. V. 6. 1, l. 3 § 11 D. uti poss. 43. 17. Mommsen § 6, Cohnfeldt S. 64 fg., Voigt a. a. O. S. 444 fg. 955 fg., 1116 fg., Gimmerthal S. 22 fg.; abweichend Savigny System V Beil. XII. Vgl. auch Windscheid a. a. O. S. 529, Brinz 1. Aufl. S. 339 fg.

[8] S. g. Affectionswerth. L. 33 pr. D. ad leg. Aq. 9. 2. Vgl. l. 6 § 2 D. de oper. 7. 7, l. 63 pr. D. ad. leg. Falc. 35. 2 und Mommsen S. 214—217. Auch Cohnfeldt S. 69—71, Voigt S. 483 fg.

[9] Vgl. auch Seuff. Arch. V. 145, IX. 25.

[10] Ein Vertrag z. B. kann, wie auf eine andere Leistung, so auch auf Ersatz

Die Leistung des Interesse kann nicht bloß den Gegenstand eines Forderungsrechts bilden; auch kraft eines dinglichen Anspruches kann möglicherweise Interesse gefordert werden[11]. Abweichende Grundsätze gelten für diesen letzteren Fall nicht.

§ 258*.

Der Inhalt der Interesseleistung bestimmt sich näher durch folgende Regeln.

1. Der Verpflichtete muß Ersatz geben für den Nachtheil, welcher in der Vermögenslage des Gläubigers in Folge einer gewissen Thatsache eingetreten ist. Ob dieser Nachtheil positiver Schaden ist oder entbehrter Gewinn, ist gleichgültig[1]. Es kann aber kein Ersatz begehrt werden für einen Nachtheil, der seinen Grund in übermäßigem Luxus[2] oder in einer Unehrenhaftigkeit[3] hat. Hat die betreffende

des Nachtheils gerichtet werden, welcher dem Gläubiger aus einem bestimmten Umstand erwachsen werde oder erwachsen sei.

[11] Der dingliche Anspruch verwandelt sich, wenn er durch die Schuld des Verpflichteten unerfüllt bleibt, wie der obligatorische, in einen Anspruch auf Leistung des Interesse. Vgl. I § 43 Note 7. § 124.

* Vgl. außer den bei dem vorigen § Genannten noch G. Nußbaumer über das Maß des Schadenersatzes 1855 (darüber Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. III S. 72—74), Kniep die Mora des Schuldners II § 90—95 (1872).

§ 258. [1] L. 13 pr. D. ratam rem 46. 8: — „in quantum mea interfuit, i. e. quantum mihi abest, quantumque lucrari potui". L. 33 D. loc. 19. 2: — „quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur". L. 7 C. arb. tut. 5. 51, l. 33 pr. i. f. D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 2 § 8 D. de eo quod certo loco 13. 4, l. 1 § 41 D. de vi 43. 16, l. un. C. de sentent. quae pro eo 7. 47, R. D. A. 1600 § 139. Ueber l. 72 [71] § 1 D. de furt. 47. 2 s. Mommsen S. 135—137, Vangerow a. a. O. Anm. 3 Nr. 1, Cohnfeldt S. 93 fg. Heutzutage pflegt man zu reden von damnum emergens und lucrum cessans. — Wenn hier der Begriff des Nachtheils als ein höherer Begriff dem Begriff des Schadens gegenübergestellt wird, so ist zuzugeben, daß damit den Ausdrücken eine juristische Ausprägung gegeben wird, welche sie im Leben nicht haben. Will man, um dieß zu vermeiden, den Inhalt der Interesseverpflichtung dahin bestimmen, daß sie auf Ersatz eines entzogenen Vortheils gehe (wie das wirklich thut Cohnfeldt [s. namentlich § 1. 6. 7], ausgehend davon, daß der Begriff des Interesse an und für sich einen erlittenen Schaden nicht voraussetze), so hat man damit, wie mir scheint, eine ungewöhnlichere und verwirrendere Bezeichnung für das damnum emergens, als in der hier gewählten Ausdrucksweise für das lucrum cessans liegt. — Eine besondere Auffassung des Sinns der Ausdrücke Nachtheil und Schaden bei Voigt a. a. O. S. 418.

[2] L. 40 pr. D. de damno infecto 39. 2: — „honestus modus servandus est, non immoderata cuiusque luxuria subsequenda". L. 13 § 1 D. de S. P. U. 8. 2. Mommsen S. 233—234.

[3] L. 33 D. de R. V. 6. 1. L. 11 l. 77 [76] § 1 D. de furtis 47. 2 handeln von der actio furti, also nicht von einem Anspruch auf Leistung des Interesse. Vgl. l. 72 [71] § 1 eod. (Note 1). — Auch kein Ersatz für Gewinn von Gewinn?

Thatsache nicht bloß Nachtheil, sondern auch Vortheil hervorgebracht, so ist wirklicher Nachtheil nur, was nach Abzug des Vortheils übrig bleibt[4]. Was den Zeitpunkt betrifft, auf welchen bei Feststellung des Umfanges des durch die betreffende Thatsache hervorgerufenen Nachtheils gesehen werden muß, so ist der Beschädigte regelmäßig befugt, den Ersatz alles Nachtheils zu verlangen, der ihm bis zur Zeit, wo er das Interesse fordert, also wenn es zum Processe kommt, bis zur Zeit des Urtheils erwachsen ist; es kann jedoch nach gesetzlicher Regel oder dem präsumtiven Willen der Parteien auch ein früherer Zeitpunkt maßgebend sein[5]. Ist zur Bestimmung des Interesse eine Schätzung in Geld nöthig[6], und der Werth des zu schätzenden Gegenstandes hat gewechselt[6a], so kann der Berechtigte den Werth der Zeit fordern, wo der Gegenstand seinem Vermögen wirklich entzogen worden ist[7], aber auch den höheren Werth der Zeit des Urtheils[8]. —

S. auf der einen Seite l. 2 § 5 D. de adm. rer. 50. 8, l. 15 D. de usur. 22. 1, auf der andern l. 8 eod. Mommsen S. 189—190.

[4] Das folgt aus der Natur der Sache. Bewiesen aber wird es nicht, wenigstens nicht direct, durch l. 10 [11] D. de neg. gestis 3. 5, freilich auch nicht widerlegt durch l. 23 § 1 D. pro socio 17. 2; beide Stellen handeln nicht von dem Fall, wo Nachtheil und Gewinn durch einen und denselben Umstand hervorgerufen sind (was l. 23 § 1 cit. angeht: die admissio socii und die praepositio servi lösen sich auf in so viele einzelne Gestattungen der Geschäftsführung, als einzelne Gesellschaftsgeschäfte zu führen sind). Ueber die verschiedenen Auffassungen s. Fritz Erläuter. II S. 73, Vangerow a. a. O. Anm. 1, Mommsen S. 195—196, Windscheid a. a. O. S. 548—549, Cohnfeldt S. 168 fg., Voigt S. 489 fg. [Dernburg II § 45 Ziff. 4, Ruhstrat Jahrb. für Dogm. XXVII S. 84.] Vgl. noch unten § 439 Note 7 a. E. Vgl. Seuff. Arch. VII. 166, X. 257, XXXIV. 23. 245, [XLI. 172]. Entsch. d. RG. X S. 50 [= Seuff. Arch. XXXIX. 111].

[5] L. 6 § 4 l. 8 § 1 D. de edendo 2. 13, l. 12 § 1 D. si quis caut. 2. 11. Mommsen § 19, Cohnfeldt § 13.

[6] S. § 257 Note 6.

[6a] Vgl. über diese schwierige Frage: Mommsen a. a. O. S. 217—231 und Beiträge III S. 211—213, Windscheid a. a. O. S. 554—558 (das von mir an dieser Stelle Gesagte ist aber nach dem in § 280 Note 15 Entwickelten zu modificiren), Cohnfeldt S. 29 fg. 248 fg., Voigt S. 464 fg. S. auch Büff Arch. f. civ. Pr. XXXIII S. 101 fg. 241 fg.

[7] Im Einzelnen bemerke man Folgendes. Wenn ein Gläubiger Ersatz verlangt für eine dem Schuldner unmöglich gewordene Leistung, so ist — abgesehen vom Falle des Verzuges, darüber § 280 Ziff. 2 a. E. 3 — der Werth der Zeit, wo die Forderung geltend gemacht wird (wenn es zum Proceß kommt, des Urtheils), in Anschlag zu bringen, weil dieses die Zeit ist, wo die Sache dem Vermögen des Gläubigers entzogen wird (wo er sie erhalten haben würde, wenn die Unmöglichkeit nicht eingetreten wäre). Dieß ist selbst für den Fall wahr, wo die Verpflichtung des Schuldners auf Leistung zu einer früheren Zeit ging. Denn dadurch, daß die Leistung in dieser Zeit nicht gemacht worden ist, ist dem Gläubiger nicht die Leistung selbst entzogen worden, sondern nur ein Zeitvortheil in

Für den Fall, wo das Interesse wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung einer Obligation gefordert wird, tritt zu den hier aufgestellten Regeln die beschränkende hinzu, daß als Interesse nie Mehr in Anspruch genommen werden kann, als das Doppelte des Werthes des Obligationsgegenstandes, vorausgesetzt daß dieser Werth ein sicherer ist[9].

Betreff derselben. L. 22 D. de R. C. 12. 1, l. 4 D. de cond. trit. 13. 3, l. 59 l. 60 D. de V. O. 45. 1 erklären sich aus der römischen Nothwendigkeit der Geldcondemnation; l. 11 D. de re iud. 42. 1 setzt Verzug voraus. Anders wenn der Eigenthümer Ersatz verlangt für eine ihm durch einen Andern vernichtete oder beschädigte Sache. Hier ist die Sache seinem Vermögen entzogen worden (ganz bez. theilweise) zur Zeit der Vernichtung bez. Beschädigung, und daher ist die Schätzung nach dem Werth dieser Zeit zu machen.

[8] Er kann sagen, daß, wenn ihm die Sache nicht entzogen worden wäre, er jetzt eine Sache des höheren Preises haben würde. Dem Schuldner steht freilich der Gegenbeweis offen, daß der Gläubiger die Sache früher veräußert haben würde. Seuff. Arch. XXV. 296. vgl. 297. — Ist der zu schätzende Gegenstand schon vor der Zeit, wo er dem Vermögen des Berechtigten entzogen wird, untergegangen, so ist auf den Werth Rücksicht zu nehmen, welchen er zur Zeit des Unterganges hatte. L. 3 D. de cond. trit. 13. 3. Cohnfeldt S. 249.

[9] Der aufgestellte Satz beruht auf der l. un. C. de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur 7. 47, von Justinian. Diese Stelle hat Veranlassung zu einer ganzen Reihe von Streitfragen gegeben, und, was schlimmer ist, zu Streitfragen, die, theilweise wenigstens, kaum jemals zu einer Alle befriedigenden Lösung werden gebracht werden können. Namentlich wird darüber gestritten, ob die bezeichnete Beschränkung nicht auch in solchen Fällen zur Anwendung gebracht werden müsse, wo Ersatz für etwas Anderes, als für Nichterfüllung einer Obligation, gefordert wird? Für die im Texte ausgesprochene Verneinung dieser Frage ist die herrschende Meinung. Vgl. Vangerow a. a. O. Anm. 4 Nr. I, Mommsen S. 235, Cohnfeldt S. 39; dawider neuestens Cohnfeldt selbst S. 46 fg. 207. Sodann ist Streit darüber, wann man sagen dürfe, daß der Werth des Obligationsgegenstandes ein sicherer sei? Auf der einen Seite wird gesagt: nur dann, wenn die Obligation auf Leistung einer Sache oder einer Quantität von Sachen geht; auf der andern: nur dann nicht, wenn die Obligation geradezu auf das Interesse gestellt ist. Vangerow a. a. O. Anm. 4 Nr. 2, Cohnfeldt S. 41 fg. 207 fg. In der neueren Zeit aber hat Mommsen S. 235—238 eine ältere Meinung wieder geltend gemacht, welche dahin geht, daß in erster Linie gar nicht auf den Obligationsgegenstand, sondern auf die dafür bedungene Gegenleistung zu sehen sei, ob nämlich dieselbe in Geld bestehe oder nicht; erst wenn sie in Geld nicht bestehe, komme es auf den Obligationsgegenstand selbst an. Dafür auch Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 112 fg. Noch weiter geht Kniep (s. unt.): er bezieht das Gesetz nur auf solche Fälle, in denen das Interesse neben einer bestimmten Geldsumme eingeklagt werde. Ube (s. u.) verlangt zur Bestimmtheit des Obligationsgegenstandes, daß derselbe entweder in Geld ausgedrückt oder von den Parteien durch Bezeichnung der Gegenleistung oder durch gewillkürten Anschlag auf eine feste Geldsumme reducirt worden sei. Ueber die l. un. cit. gibt es zwei besondere Abhandlungen von W. Sell in Sell's Jahrb. I S. 183 fg. (1841) und von Ube Arch. f. civ. Pr. LVII S. 17 fg. (1874); außerdem sind zu vergleichen Fritz Erläuter. II S. 86—92, Vangerow III § 571 Anm. 4, Sintenis II § 86 Note 32, Mommsen

2. Der Verpflichtete muß Ersatz geben für den Nachtheil, welcher in der Vermögenslage des Gläubigers in Folge einer gewissen Thatsache eingetreten ist. Es ist nicht erforderlich, daß der eingetretene Nachtheil die unmittelbare[10] und nothwendige[11] Folge der betreffenden Thatsache gewesen sei: auch für denjenigen Nachtheil muß Ersatz gegeben werden, welcher erst durch andere Thatsachen vermittelt worden ist[12], wenn gleich durch solche, die auch hätten ausbleiben können[13]; und auch das macht keinen Unterschied, ob diese Thatsachen vorhergesehen werden konnten, oder nicht[14]. Aber jedenfalls muß es wahr

---

S. 235—238, Cohnfeldt § 5. 15, Kniep die Mora des Schuldners II § 92—95, Brinz 1. Aufl. S. 357. Seuff. Arch. XI. 140. 224, XIV. 215, XV. 9, XVII. 17. 223, XIX. 130, XX. 23, XXIII. 21, XXX. 10, XXXI. 123. 124. 320. Entscheid. des RG. IV S. 181, VI S. 203, VII S. 161, X S. 193 (= Seuff. Arch. XXXVII. 13. 299, XXXVIII. 111, XXXIX. 200). [Dernburg II § 45 Ziff. 8 glaubt, daß die l. un. cit. durch CPO. § 260 aufgehoben sei.]

[10] Ueber die Behauptung, daß das sogenannte indirecte Interesse (Interesse extra rem, im Gegensatz des Interesse circa rem) nicht in allen Fällen geleistet zu werden brauche, s. Mommsen § 24—26, Cohnfeldt S. 10 fg. 174 fg. Vgl. auch Voigt S. 488. [Dernburg II § 45 Ziff. 2 will zwischen „Ursache" und „Veranlassung" unterscheiden, jedoch bei dolus eine strengere Behandlung eintreten lassen.]

[11] Nothwendigkeit (Unvermeidlichkeit) der Folge verlangen auch Neuere noch, offenbar in Verkennung des wahren Wesens des Causalzusammenhanges. Vgl. außer den bei Mommsen S. 142 Note 8 Genannten noch Sintenis S. 71.

[12] Darin besteht ja gerade das Wesen des Interesse, daß auf die besonderen Verhältnisse, welche sich bei dem Gläubiger vorfinden, Rücksicht genommen wird. Beispiele: ein Schuldner erfüllt seine Verbindlichkeit nicht; wenn der Gläubiger den verschuldeten Gegenstand seinerseits unter einer Conventionalstrafe einem Dritten versprochen hat, so muß der Schuldner ihm auch diese Conventionalstrafe ersetzen. Jemand verkauft ein krankes Stück Vieh; er muß dem Käufer auch den Schaden ersetzen, welchen derselbe dadurch erleidet, daß das kranke Thier andere gesunde Thiere des Käufers ansteckt. Vgl. l. 21 § 2 l. 22. 23 pr. § 4 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 18 pr. D. commod. 13. 6, l. 6 § 4 l. 13 pr. § 2 D. de A. E. V. 19. 1, l. 19 § 1 D. loc. 19. 2. [Gesetzliche Beschränkungen: HGB. Art. 396. 612. 614, Reichspostges. 28/10 71 § 8—12.]

[13] Es ist nicht nothwendig, daß der Käufer eines kranken Thieres dasselbe mit anderen Thieren in Berührung bringt. Es ist nicht nothwendig, daß derjenige, der eine geliehene Sache widerrechtlich mit auf Reisen nimmt, unterwegs ausgeraubt wird (l. 18 pr. D. commod. 13. 6). Vgl. Seuff. Arch. IV. 113.

[14] Mommsen S. 165—171, Cohnfeldt S. 19. 137. Seuff. Arch. [XIII. 190 (S. 468)], XV. 208, [XXXV. 12 a. E., Entsch. d. RG. XIII S. 65. 66]. Nur dann braucht für unvorhersehbaren Nachtheil kein Ersatz gegeben zu werden, wenn es die Pflicht des Gegners gewesen wäre, über die Möglichkeit desselben Aufklärung zu geben. Demelius Jahrb. f. Dogm. V S. 77—79. — Daß unvorhergesehener Nachtheil überhaupt nicht ersetzt zu werden brauche, behauptet für den Fall bloßer Nachlässigkeit neuerdings wieder (über Aeltere s. Mommsen S. 166 Note 30, Cohnfeldt S. 16 fg., vgl. auch Cod. civ. art. 1150) Jhering das Schuldmoment im römischen Privatr. S. 55 fg. mit Berufung auf l. 43—45 D. de A. E. V. 19. 1. Doch setzt diese Stelle jedenfalls ein bonae fidei iudicium

sein, daß der Nachtheil, welcher eingetreten ist, nicht eingetreten sein würde, wenn die betreffende Thatsache nicht gewesen wäre[15]. Der

voraus (vgl. l. 22 pr. l. 23 pr. § 4 D. ad leg. Aq. 9. 2), und enthält vielleicht sogar ius singulare für den Fall der Eviction mit Rücksicht auf die römische Sitte der duplae stipulatio (l. 44 cit., Vangerow § 571 Anm. 4 Nr. I. 3), oder geht doch nach eben dieser l. 44 cit. im Zusammenhang des Justinianischen Rechts in die Regel der l. un. C. de sent. quae pro eo (Note 9) auf. Endlich kommt in Betracht, daß im Fall der Stelle (Eviction) auch ohne alle Nachlässigkeit gehaftet wird. [Vgl. auch Dernburg II § 45 Note 5.] — Man verwechsle übrigens nicht das Ob der Verhaftung mit dem Umfang der Verhaftung. Für die Frage, ob Jemand wegen einer Thatsache haftbar sei, kann die Vorhersehbarkeit oder Unvorhersehbarkeit ihrer Folgen sehr wohl von maßgebender Bedeutung sein. Anders wenn danach gefragt wird, in welchem Umfange Jemand für die Folgen einer Thatsache aufkommen müsse, von welcher es feststeht, daß er wegen ihrer zur Interesseleistung verpflichtet sei.

[15] Hiernach ist in folgenden Fällen eine Verpflichtung zur Leistung des Interesse nicht begründet. a) Der Nachtheil würde durch die Thatsache, für welche eingestanden werden muß, herbeigeführt worden sein, wenn dieselbe ihre Wirksamkeit voll hätte entfalten können; aber in Wirklichkeit ist er durch eine dazwischen kommende andere Thatsache herbeigeführt worden. Beispiel: Jemand bringt einem fremden Thier eine tödtliche Wunde bei, dann wird dasselbe vom Blitz erschlagen. L. 11 § 3 l. 15 § 1 D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 51 pr. § 2 eod. enthält eine abweichende, nicht durchgedrungene Meinung des Julian; die von Vangerow III § 681 Anm. 2 vorgeschlagene systematische Vereinigung scheitert meiner Ansicht nach an der in § 2 das. für das zweite Delict angenommenen Schätzungszeit. [Vgl. krit. VJSchr. XXX S. 59.] b) Der Nachtheil kann auf die Thatsache, für welche eingestanden werden muß, zurückgeführt werden, aber auch auf eine andere. Beispiel: ein Schuldner bringt sich durch seine Schuld in die Unmöglichkeit, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, hinterher aber geht die zu leistende Sache ohne seine Schuld unter. (Nachtheil: Nichterfüllung der Verbindlichkeit.) L. 27 § 2 D. de R. V. 6. 1 („legis autem Aquiliae actio durat" — auf Ersatz des durch die Verwundung des Sclaven sofort, unabhängig von aller durch den Besitz begründeten Verpflichtung, herbeigeführten Nachtheils), l. 36 § 3 D. de H. P. 5. 3, l. 21 D. de H. v. A. V. 18. 4, l. 4 i. f. D. de impens. 25. 1, l. 45 D. de O. et A. 44. 7. Ist jedoch ein nachtheiliger Erfolg auf ein Delict so gut des Einen, wie des Andern zurückzuführen, so haften Alle. L. 11 § 2 l. 51 § 1 D. ad leg. Aquil. 9. 2. c) Der Nachtheil ist durch die Thatsache, für welche eingestanden werden muß, herbeigeführt worden; aber diese Thatsache hat zugleich die Wirkung einer andern Thatsache ausgeschlossen, welche, wenn jene erste Thatsache nicht eingetreten wäre, den Nachtheil ebenfalls herbeigeführt haben würde. Beispiel: ein Frachtschiffer ladet die zu transportirenden Waaren contractswidrig auf ein anderes, als das bestimmte Schiff: das erste Schiff geht unter, aber auch das zweite. L. 10 § 1 D. de lege Rhodia 14. 2, l. 7 § 4 D. quod vi aut clam 43. 24. — Mit diesem letztgenannten Fall ist ein anderer Fall nicht zu verwechseln: wenn, nachdem der Nachtheil durch die Thatsache, für welche eingestanden werden muß, herbeigeführt worden ist, eine andere Thatsache eintritt, welche ihn erzeugt haben würde, wenn er nicht bereits erzeugt gewesen wäre. Hier ist eine Verpflichtung zum Ersatz des Nachtheils wirklich begründet. L. 7 § 4 i. f. D. quod vi aut clam 43. 24, l. 37 D. mand. 17. 1, l. 16 § 2 D. de evict. 21. 2 (*vv.* et quam actionem). Eine Widerlegung des hier Gesagten hat Brinz 1. Aufl. S. 350 fg. versucht; er hat mich

Nachweis dieses Causalzusammenhanges wird leichter sein, wo es sich um einen positiven Schaden, schwieriger, wo es sich um einen entbehrten Gewinn handelt[16]. Nur in Einem Falle braucht für den Nachtheil, welcher wirklich in Folge der betreffenden Thatsache eingetreten ist, Ersatz nicht gewährt zu werden: wenn nämlich der Nachtheil von dem Benachtheiligten durch gehörige Sorgfalt hätte vermieden werden können[17]. Jedoch gilt diese Ausnahme nicht, wo der Grund, weßwegen das Interesse geleistet werden muß, Arglist ist[18].

---

nicht überzeugt. Vgl. über das Erforderniß des Causalzusammenhanges überhaupt Mommsen S. 137 fg., Windscheid a. a. O. S. 540 fg. 549—552, Cohnfeld S. 136 fg., Unger S. 115 Note 7, A. Pernice zur Lehre von den Sachbeschädigungen S. 172 fg., Vangerow 7. Aufl. III § 571 Anm. 3 Ziff. 1 u. 2, Birkmeyer über Ursachenbegriff und Causalzusammenhang im Strafrecht (1885), v. Bar die Lehre vom Causalzusammenhang S. 119 fg. 132 fg. (Leipzig 1871) und Grünhut's Zeitschr. IV S. 35 fg. Seuff. Arch. I. 210, II. 39, XIII. 22, XV. 189. 208, XXVI. 132, XXVII. 28, [XXXIII. 130, XXXV. 25. 315], XXXVII. 298, XXXIX. 104, [XL. 95, XLI. 15]. Entscheid. des RG. VI S. 1. 356, VIII S. 167, X S. 50. 64. 140, [XXIII S. 158]. — Ist es ungewiß ob in Folge der betreffenden Thatsache dieser oder jener Nachtheil eingetreten ist (ob wenn die betreffende Thatsache nicht gewesen wäre, der Gläubiger sich in dieser oder jener Vermögenslage befinden würde), so ist der Schuldner alternativ verpflichtet. Vgl. l. 12 § 1 D. de I. D. 23. 3.

[16] Im ersten Fall ist nur ein Zusammenhang zwischen vorhandenen Thatsachen aufzuweisen; im zweiten Fall ist nachzuweisen, daß, wenn eine Thatsache gewesen wäre, eine andere gewesen sein würde. Diese Schwierigkeit des Beweises bei entbehrtem Gewinn hat einen zu scharfen Ausdruck gefunden in Quellenäußerungen, in welchen geradezu geleugnet wird, daß im Interesse auch Ersatz für entbehrten Gewinn gefordert werden könne, so in l. 29 § 3 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 33 pr. i. f. eod., l. 21 § 3 D. de A. E. V. 19. 1, l. 20 [19] D. de per. 18. 6. Auf Grund dieser Stellen ist auch wohl behauptet worden, daß der entbehrte Gewinn nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen zum Interesse gerechnet werden dürfe, so von Puchta § 225 Nr. 3 u. 4, B. W. Pfeiffer vermischte Aufsätze S. 227 fg., Gimmerthal S. 51 fg. Das ist irrig; die Forderung des entbehrten Gewinnes im Interesse hat keine andere Voraussetzung, als die, daß der nöthige Causalzusammenhang nachgewiesen werden könne. S. l. 8 l. 51 § 3 D. de evict. 21. 2; l. 23 pr. l. 51 pr. § 2 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 3 D. de cond. furt. 13. 1, l. 52 § 28 D. de furtis 47. 2; l. 23 § 2 D. ad leg. Aq. 9. 2; l. 17 l. 18 l. 24 § 4 D. loc. 19. 2; l. 39 § 1 D. de leg. I° 30; l. 3 D. si quadrupes 9. 1, l. 7 pr. ad leg. Aq. 9. 2, l. 7 D. de his qui effud. 9. 3; l. 35 pr. D. de leg. III° 32; l. 12 D. de A. E. V. 19. 1; l. 2 § 8 D. de eo quod certo loco 13. 4; N. D. A. 1600 § 139. Mommsen § 17. 26 (Windscheid a. a. O. S. 547—548), Vangerow a. a. O. Anm. 3 Nr. 3 und hinter Nr. 5 (7. Aufl.), Sintenis § 86 Anm. 21, Unger S. 114 (Note 6), Cohnfeldt S. 98 fg. 192 fg. 202 fg., A. Pernice a. a. O. S. 242 fg. [Dernburg II § 45 Note 3.] Seuff. Arch. II. 155, XI. 130, XII. 15. 105, XIII. 11, XV. 8, XVII. 224, XIX. 129, XXII. 27. 150, XXXIV. 21, [XLII. 296].

[17] L. 203 D. de R. I. 50. 17. „Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire“. Einzelne Entscheidungen in: l. 11 § 12 D. de A. E. V. 19. 1, l. 23 § 8 D. de aed. ed. 21. 1; l. 45 § 1 D. de A. E.

3. Der Verpflichtete muß Ersatz geben für den Nachtheil, welcher in der Vermögenslage des Gläubigers in Folge einer gewissen Thatsache eingetreten ist. Hat sich aber der Gläubiger im Interesse eines Andern zum Gläubiger gemacht, so bildet den Inhalt seiner Interesseforderung der von diesem Andern erlittene Nachtheil[19].

In Betreff des Beweises des Interesse ist zu bemerken, daß, wo das Interesse auf Grund einer Arglist des Verpflichteten gefordert wird, nach bisherigem Recht der Kläger zum Eide nach den oben (I § 133 Ziff. 2. b) entwickelten Grundsätzen zugelassen zu werden verlangen konnte[20], was gegenwärtig durch die Reichscivilproceßordnung beseitigt ist[21].

V. 19. 1; l. 29 § 1 l. 56 § 3 l. 66 pr. D. de evict. 21. 2; l. 62 [61] § 7 D. de furtis. 47. 2; l. 28 § 1 l. 30 § 4 l. 52 pr. D. ad leg. Aq. 9. 2. Auch l. 21 § 3 D. de A. E. V. 19. 1 in den Worten: „non magis quam si triticum emerit *cett.*" gehört hierher (vgl. Seuff. Arch. XII. 255). Mommsen S. 157—160, Demelius Jahrb. f. Dogm. V S. 58—71, Arndts krit. VJSchr. V S. 172 fg., Regelsberger Arch. f. civ. Pr. LXIII S. 201. Andere Auffassung bei Cohnfeldt S. 142 fg., Brinz 1. Aufl. S. 352 fg., [Dernburg II § 45 Note 9 (8)]. S. auch A. Pernice a. a. O. S. 58 fg. 174. [Seuff. Arch. XLI. 19, XLIV. 86 (RG.).] — Dagegen schadet es dem Gläubiger nicht, daß er es versäumt hat, einen Gewinn zu ziehen, welchen er in Folge der Nachtheil erzeugenden Thatsache hätte ziehen können. Vgl. Seuff. Arch. I. 41, IX. 273, XI. 130, XII. 255, XIII. 235, XV. 209, XIX. 129, XXII. 126 (Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1866 S. 770. 771), XXIII. 216, XXVII. 122. XXXII. 44, XXXV. 285.

[18] L. 45 § 1 i. f. D. de A. E. V. 19. 1, l. 9 § 4 D. ad leg. Aq. 9. 2 („*utique*"). Mommsen S. 257—259, Demelius a. a. O. S. 71—75, Vangerow § 571 Anm. 3 Ziff. 5 in der 7. Aufl., s. auch A. Pernice a. a. O. S. 62 fg. Seuff. Arch. XXX. 9, XXXII. 117. A. M. Cohnfeldt S. 149 fg. — Muß nicht zu der angeführten Ausnahme noch die andere hinzugefügt werden, daß auch dann kein Ersatz gefordert werden könne, wenn die Verschuldung eines Dritten mitgewirkt hat? S. l. 52 pr. D. ad leg. Aq. 9. 2 („medici inscientia"), l. 22 § 4 D. ratam rem 46. 8, und über diese Stellen Mommsen S. 160—164, Windscheid a. a. O. S. 543—546, Demelius a. a. O. S. 69—71, Unger S. 115 (Note 7 a. E.), Cohnfeldt S. 143 fg., A. Pernice a. a. O. S. 61. 178 fg. Labeo II S. 39 fg., Vangerow III S. 39 in der 7. Aufl. Was l. 52 pr. cit. angeht, so halte ich jetzt die Erklärung für die richtige, daß dieselbe nur die Klage aus dem ersten Kapitel der lex Aquilia (also das Zurückgreifen auf den höchsten Werth des letzten Jahres) verneinen will. Vgl. Seuff. Arch. XIII. 28.

[19] Dadurch, daß er im Interesse eines Andern contrahirt, macht er dessen Interesse zu dem seinigen. (Beispiel: ein Verkäufer von Waaren schließt einen Frachtvertrag ab über den Transport der Waaren an den entfernt wohnenden Käufer.) Dieser wichtige Satz ist direct anerkannt in l. 14 D. si quis caut. 2. 11, l. 81 § 1 D. de V. O. 45. 1, vgl. auch l. 27 [28] D. de neg. gestis 3. 5, l. 8 § 3 D. mand. 17. 1. S. namentlich den sehr verdienstlichen Aufsatz von Zimmermann (in Lübeck) im Neuen Archiv für Handelsrecht I S. 48—82 und Seuff. Arch. XI. 36, XIV. 23, XXXII. 132, XXXIII. 19, XXXV. 66.

[20] Vgl. außer den am angeführten Ort Genannten noch Unterholzner I

3. Leistung von Zinsen*.

§ 259.

Zinsen sind eine Vergütung für den Gläubiger wegen der einstweiligen Entbehrung des Genusses Dessen, was er zu fordern hat[1]. Aber nicht jede Vergütung dieser Art fällt unter den Begriff der Zinsen; dazu ist weiter erforderlich: a) daß das, was der Gläubiger zu fordern hat, eine Quantität vertretbarer Sachen sei[2]; b) daß die Vergütung in Sachen derselben Art bestehe[3]. Die bei weitem wichtigsten Zinsen sind die Geldzinsen[4]; aber sie sind nicht die einzigen[5].

Die Zinsverbindlichkeit versteht sich nicht von selbst; sie muß besonders begründet sein. Begründet sein kann sie durch Rechtsgeschäft[6], durch richterliche Verfügung, unmittelbar durch Rechtssatz; im letzten Fall spricht man von gesetzlichen Zinsen[7] (vgl. I § 68 Note 1).

S. 257—262. Freiheit des richterlichen Ermessens: Mommsen S. 231—232, Cohnfeldt S. 110—111; Seuff. Arch. II. 155 a. E., IX. 111, XIII. 29. 272, XXIII. 131. 132, XXIV. 225, XXV. 13. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1867 Nr. 66. 70. 117. Vgl. G. Lehmann der Nothstand des Schädenprocesses. Leipzig 1865. Verhandlungen des 6. deutschen Juristentages III S. 7 fg. 250 fg.

[21] CPrO. § 260 (I § 133 Note 14).

* Dig. 22. 1 de usuris (et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora). Cod. 4. 32 de usuris. — Glück XXI S. 1—150, Fritz Erläuter. II S. 20—71, Unterholzner I § 150—159, Vangerow I § 76—79, Sintenis II § 87, Unger in der Oesterreichischen VJSchr. XIV S. 117 fg. S. auch Savigny System VI § 268—269. Randa die Lehre von den Zinsen und von der Conventionalstrafe. Mit Rücksicht auf das österreich. Gesetz vom 14. Juni 1868 und das norddeutsche Bundesgesetz vom 14. November 1867. Wien 1869.

[1] Deßwegen gehören die Zinsen zu den Früchten — wenn auch nicht zu den natürlichen (l. 121 D. de V. S. 50. 16), doch zu den juristischen Früchten (l. 34 D. h. t., l. 29 § 2 D. de aed. ed. 21. 1). Vgl. I § 144 Note 10 und 11. § 259.

[2] In l. 25 C. h. t. wird vorausgesetzt, daß das Hingegebene zur Veräußerung oder gegen einen Anschlag in Geld hingegeben sei; vgl. l. 3 § 4 D. h. t., l. 8 C. si cert. pet. 4. 2. (Doch ist dieser Ausweg nicht ohne Bedenken, und so emendiren die Worte „et veste“ Ihering Jahrb. f. Dogm. XII S. 334 fg. in „et recte“, Huschke Arch. f. civ. Pr. LXV S. 230 fg. in „aere“.) Was l. 17 § 8 D. h. t. angeht, so ist anzunehmen, daß die zu verwendende Summe durch das Vermächtniß bestimmt gewesen sei. Seuff. Arch. XXV. 12.

[3] In l. 16. 17 C. h. t. wird das zu Leistende nicht als Zins, sondern als Vertretung des Zinses aufgefaßt. Vgl. l. 11 § 1 D. de pign. 20. 1, l. 12 [11] C. h. t., l. 14 eod.

[4] Unter den Geldzinsen sind die wichtigsten die Darlehnszinsen.

[5] L. 26 § 1 C. h. t., l. 11 [12] l. 23 eod.

[6] Namentlich durch Vertrag. Aber auch durch einseitiges Versprechen und durch testamentarische Anordnung, l. 10 D. de poll. 50. 12, l. 3 § 6 D. de ann. leg. 33. 1.

[7] Unter den gesetzlichen Zinsen sind von besonderer Wichtigkeit die Verzugszinsen (§ 280 Note 6). In gewissen Fällen tritt eine gesetzliche Zinsverbindlichkeit

Die Zinsverbindlichkeit ist immer von der Hauptverbindlichkeit in dem Sinne abhängig, daß sie ohne dieselbe nicht entstehen und fortentstehen kann[8]. Im Uebrigen kann sie zu der Hauptverbindlichkeit in einem verschiedenen Verhältniß stehen. a) Sie hat der Hauptverbindlichkeit gegenüber eine abgesonderte juristische Existenz[9]. b) Sie bildet mit der Hauptverbindlichkeit eine Einheit, ist nur eine Erweiterung derselben[10]. In diesem letzteren Fall ergreifen alle rechtlichen

auch ohne Verzug sofort mit Fälligkeit der Forderung ein (§ 278 Note 13). Der im Processe Verurtheilte zahlt nach römischem Recht gesetzliche Zinsen, wenn er vier Monate mit der Leistung der Urtheilssumme säumig bleibt (I § 129 Note 5a. 5b). Ferner zahlt gesetzliche Zinsen: 1) der Käufer nach Uebergabe der Kaufsache (§ 389 Note 18); 2) wer fremdes Geld, welches er in Händen hat, nicht wie er soll nutzbar macht, oder in seinem eigenen Nutzen verwendet (§ 410 Note 9. 10, § 430 Note 8, § 439 Note 7—10, s. ferner l. 1 § 1 D. h. t., l. 6 § 1 D. de pign. act. 13. 7, l. 4 C. dep. 4. 34); 3) wer Auslagen zu ersetzen hat, welche ein Anderer für ihn gemacht hat (l. 37 D. h. t., l. 18 [19] § 4 D. de neg. gest. 3. 5, l. 12 § 9 D. mand. 17. 1, l. 67 § 2 D. pro socio 17. 2, l. 3 § 1. 4 D. de contr. tutelae 27. 4, l. 18 C. de neg. gest. 2. 18 [19]). Vgl. Unterholzner S. 323—327, Sintenis S. 99, Arndts § 207 Anm. 2, Unger S. 119. 120 (Note 3), [Wächter II S. 297 fg.]. Seuff. Arch. III. 50, VI. 35, VIII. 46, XVIII. 217, XXIII. 20. — Kann eine Zinsverbindlichkeit auch durch Verjährung entstehen? Man hat es behauptet wegen l. 6 pr. D. h. t., die aber nur von einer Beweisvermuthung zu verstehen ist. Besondere Abhandlungen über die rechtliche Bedeutung lange fortgesetzter Zinszahlung: Gesterding Irrthümer der Rechtsgelehrten Nr. 1 (1817), Müller civilrechtl. Abhandl. Nr. 6 (1833), H. Keller in Sell's Jahrb. III S. 171 fg. (1845); vgl. außerdem Unterholzner Verjährungslehre II § 253, Fritz Erläuter. II S. 30—33, Sintenis II § 87 Note 4, Holzschuher III S. 56—58. Seuff. Arch. II. 268; vgl. IX. 148, X. 251, XVI. 32. S. auch § 302 Note 2. — Der römische Ausdruck legitimae usurae bezeichnet nicht gesetzlich begründete, sondern gesetzlich erlaubte (§ 260 Note 3) Zinsen.

[8] Nicht fortentstehen; nach Aufhebung der Hauptverbindlichkeit verfallen keine Zinsen mehr. L. 7 D. h. t., l. 18 D. de nov. 46. 2, l. 6 l. 19 C. h. t.

[9] Hierher gehören namentlich die versprochenen Zinsen, aber auch die testamentarisch auferlegten, überhaupt alle diejenigen, welche gefordert werden kraft einer Thatsache, die auch an und für sich eine Verbindlichkeit zu erzeugen im Stande ist.

[10] Hierher gehören namentlich die Verzugszinsen, aber auch die gesetzlichen Zinsen überhaupt. Bei Zinsen dieser Art ist die Hauptverbindlichkeit nicht, wie in dem vorigen Fall, bloß die negative Voraussetzung ihrer Existenz (d. h. die Hauptverbindlichkeit darf nicht fehlen, wenn die Zinsverbindlichkeit entstehen soll), sondern sie ist das positiv Erzeugende — die Zinsverbindlichkeit entsteht aus der Hauptverbindlichkeit durch den bloßen Ablauf der Zeit, oder doch auf Grund von Thatsachen, welche an und für sich Erzeugungsgründe von Verbindlichkeiten nicht sind. — Die Römer drücken das hier bezeichnete Verhältniß so aus, daß sie sagen, die Zinsen seien nicht „in obligatione“, sondern „officio iudicis praestantur“ (l. 49 § 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 54 pr. D. loc. 19. 2, l. 60 [58] pr. D. ad SC. Treb. 36. 1). Es soll damit gesagt sein, daß eine besondere actio auf die Zinsen nicht stattfinde (vgl. l. 4 C. dep. 4. 34), daß aber die Fassung der Formula aus der Hauptverbindlichkeit (aus der die Hauptverbindlichkeit begründenden Thatsache) den Judex befähige, auch auf Zinsen zu sprechen (nament-

Bestimmtheiten der Hauptverbindlichkeit ohne Weiteres auch die Zinsverbindlichkeit[11], und wenn der Gläubiger das Kapital in Kenntniß, daß Zinsen verschuldet werden, ohne Vorbehalt annimmt, kann er keine Zinsen mehr nachfordern[12].

---

lich gehört hierher das „quidquid paret N^m N^m dare facere oportere ex fide bona", aber nicht dieses allein, vgl. l. 11 [12]. 23 C. h. t., Savigny System VI S. 129—132). In die Sprache des heutigen Rechts übersetzt heißt das eben, daß auf Zinsen eine für sich bestehende Verbindlichkeit nicht begründet sei, daß aber die Hauptverbindlichkeit sie mit umfaßt. Zu bemerken ist übrigens, daß nach römischer Auffassung zu den Zinsen, die „officio iudicis praestantur" auch die aus Vertrag verschuldeten gehörten, wenn dieser Vertrag keine stipulatio und deßwegen nach dem Rechte unverbindlich war, was heutzutage, wo der Vertrag gleich viel gilt, wie die römische stipulatio, wegfällt. (Gimmerthal Arch. f. civ. Pr. LXI S. 370 fg. sieht die Bedeutung der „Officialzinsen" darin, daß die Zinsverbindlichkeiten erst durch den Spruch des Richters entstehen. S. dawider Ruhstrat Arch. f. civ. Pr. LXV S. 287 fg., [Fadda in der Note 12 a. E. citirten Schrift p. 10. Jetzt wieder Gimmerthal Arch. f. civ. Pr. LXXIII S. 287 fg.] — Gewöhnlich sagt man (und so auch dieses Lehrbuch in früheren Auflagen), die Zinsverbindlichkeit sei in dem hier bezeichneten Fall ein „Bestandtheil" der Hauptverbindlichkeit. Das ist nicht genau. Denn in correctem Sprachgebrauch ist der Bestandtheil etwas für sich Bestehendes, aber mit Anderem zu einer (wirklichen oder gedachten) Einheit Verbundenes. Die Zinsverbindlichkeit ist nicht sowohl Bestandtheil, als vielmehr Theil der Hauptverbindlichkeit. Vgl. I § 142 Ziff. 3. § 138. [A. M. Fadda a. a. O. p. 12. 41.] — Daß die römische Unterscheidung zwischen Zinsen, die in obligatione sind, und Zinsen, die officio iuris praestantur, für das heutige Recht ohne alle Bedeutung sei, behauptet Randa a. a. O. S. 25, ohne Angabe von Gründen. Sorgfältiger ist diese Ansicht ausgeführt in der Inauguraldissertation von G. Carus, die selbständige Klagbarkeit der gesetzlichen Zinsen, Halle 1876. Der oben (in dieser Note z. A. und in Note 9) betonte Gegensatz zwischen Thatsachen, welche auch an und für sich Erzeugungsgründe von Verbindlichkeiten sind, und solchen, die dieß nicht sind, ist auch in dieser Schrift nicht berücksichtigt. [Für die hier verworfene Ansicht auch Dernburg II § 29 a. E. § 42 Note 5, gegen dieselbe Brinz II § 244 Note 6.] — Was die Praxis angeht, vgl. außer den in Note 12 citirten Erkenntnissen noch Seuff. Arch. IX. 84, X. 296, XVIII. 175, XIX. 191, XXII. 264; XII. 91.

[11] Pfandrecht: l. 8 § 5 D. de pign. act. 13. 7. Vgl. I § 226 Note 5. In Betreff der Bürgschaft s. § 477 Ziff. 3.

[12] Wenn der Gläubiger das Kapital annimmt: es steht fest, daß der Schuldner nicht bloß eine Abschlagszahlung hat machen wollen. Ohne Vorbehalt: dieß ist bestritten. Andere erklären den Vorbehalt für unfähig, die Zinsforderung aufrecht zu halten. So namentlich Wächter II S. 280. Württ. Privatr. S. 343, Sintenis II S. 97 Anm. 24, und neuestens Westerburg Arch. f. prakt. RW. N. F. IX S. 247 fg. vgl. das. S. 357 fg. X S. 35 fg. (welcher Schriftsteller aber mit einer Wendung zu helfen sucht). Vgl. auch § 281 Note 9. Man beruft sich namentlich auf l. 49 § 1 D. de A. E. V. 19. 1. „Pretii sorte licet post moram soluta, usurae peti non possunt, cum hae non sint in obligatione, sed officio iudicis praestentur". Aber diese Stelle setzt voraus, daß das Kapital in dem Sinne angeboten und angenommen war, daß damit die Gesammtverbindlichkeit des Käufers getilgt sein sollte. Es ist nicht abzusehen, wie unter der entgegengesetzten Voraussetzung der Judex sich hätte weigern können, auf dasjenige, was

§ 260.

Die Höhe der Zinsen[1] bestimmt sich zunächst durch die Festsetzung, welche in der die Zinsverbindlichkeit begründenden Willenserklärung oder Rechtsvorschrift[2] getroffen ist. Die Beschränkung der Privatwillkür in der Bestimmung der Höhe der Zinsen, welche auf Grund des römischen Rechts bis vor Kurzem in Deutschland gemeinrechtlich gegolten hat[3], ist gegenwärtig im Principe beseitigt[4]. Nur wucherische

von dem quidquid des dari oportere noch übrig war, zu verurtheilen, wie ja umgekehrt das quidquid auch verwendet werden konnte, um bloß die Zinsen einzuklagen (l. 23 D. de exc. rei iud. 44. 2). Beruft man sich ferner auf die Natur der Sache, so ist zu antworten, daß die Zinsverbindlichkeit nicht einen Bestandtheil der Hauptverbindlichkeit bildet, sondern einen Theil — wenn aber einen Bestandtheil, daß der Bestandtheil durch Wegfall der Hauptsache, zu welcher er gehört, nicht seine Existenz verliert, sondern nur seine Existenz als Bestandtheil, d. h. wieder selbständig wird. Die Argumentation, daß die Zinsverbindlichkeit ohne die Hauptverbindlichkeit deßwegen nicht fortexistiren könne, weil sie „Nebenbestandtheil" (Westerburg) derselben sei, ist einfach eine Wiederholung der zu beweisenden Behauptung. Die Wirksamkeit des Vorbehalts ist anerkannt in den Erk. bei Seuff. Arch. VI. 321 (OAG. zu Oldenburg) und XXVIII. 249 (ROHG.); dawider hat entschieden das Erk. das. XII. 254 (OAG. zu Jena), vgl. auch VII. 14, VIII. 117. Vgl. noch X. 26. Uebereinstimmend mit dem hier Gesagten Göppert über die organischen Erzeugnisse S. 126 Note 53, ferner (jedoch nicht oder nicht unbedingt in Betreff der l. 49 § 1 cit.) Arndts krit. VJSchr. V S. 181—183, Unger S. 122 (Note 8), Ruhstrat Arch. f. civ. Pr. LXV S. 277 fg. (ebenfalls abweichend in Betreff der l. 49 § 1 cit.). S. auch Kniep die Mora des Schuldners II S. 602 fg. und die Citate das. [Fadda le usure quae officio iudicis praestantur. Roma 1886. Auch in der Rivista italiana per le scienze giuridiche II fasc. 3. III p. 3 sg. (Gegen die hier vertheidigte Ansicht.)] — Ueber den Fall, wo das Kapital ohne die Zinsen angeklagt worden ist, vgl. I § 130 Note 24a.

§ 260. [1] Die Höhe der Zinsen pflegt bei uns wie bei den Römern in Hunderttheilen (Procenten) des Kapitals ausgedrückt zu werden. Nur beziehen wir die Hunderttheile auf das Jahr, während die Römer sie auf den Monat bezogen. So ist centesima usura bei den Römern = 12%; niedrigere Zinssätze drücken sie in Zwölftheilen (unciae) dieser centesima usura aus. Vgl. Unterholzner § 152.

[2] Von den hierher gehörenden Vorschriften des römischen Rechts sind von allgemeinerer Bedeutung: 1) daß der Fiscus 6% soll fordern dürfen, l. 17 § 6 D. h. t.; 2) daß der Verwalter fremden Geldes, welcher dasselbe unredlicher Weise für sich gebraucht, die höchsten Zinsen soll bezahlen müssen, welche nach römischem Recht gesetzlich ausgemacht werden konnten, l. 37 [38] D. de neg. gest. 3. 5, l. 7 § 4. 10 D. de adm. et per. 26. 7, l. 1 C. de us. pupill. 5. 56. Vgl. § 410 Note 10, § 439 Note 9, und Dernburg Pfandrecht II S. 221. Die übrigen hierher gehörigen Bestimmungen beziehen sich auf besondere Fälle, und sind an ihrem Orte zu nennen; s. z. B. I § 129 Note 5a, I § 169a Note 3c, II § 280 Note 8, II § 495 Note 10, II § 502 Note 3. Unterholzner S. 329—330, Puchta § 228, Arndts § 208 Anm. 2.

[3] Das erlaubte Zinsmaximum des classischen römischen Rechts betrug 12%, Justinian (l. 26 § 1 C. h. t.) hat es auf 6% herabgesetzt, jedoch mit gewissen Ausnahmen (vgl. auch Nov. 32—34). In Deutschland wurde aber zunächst nicht

Zinsen sind verboten, d. h. solche Zinsen, welche der Gläubiger sich unter Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit des Schuldners versprechen läßt und welche in auffälligem Mißverhältniß zur Leistung des Gläubigers stehen. Und zwar ist in diesem Fall das Zinsversprechen überhaupt, nicht bloß soweit es ein gewisses Maß überschreitet, ungültig[4a]. — Fehlt es an einer Festsetzung über die Höhe der Zinsen, so ist im Zweifel auf den Ortsgebrauch zu sehen[5].

diese römische Regel recipirt, sondern die des canonischen Rechts, welches auf Grund von Mos. II. 22 V. 25. III. 25 V. 35—37. V. 23 V. 19. 20 das Zinsennehmen überhaupt verbietet (Caus. 14 qu. 4, titt. X. 5. 19, in VI° 5. 5, in Clem. 5. 5). Doch wurde dieses Verbot zuerst umgangen (Interessenforderung, Rentenkauf), sodann durch eine constante, in Reichsgesetzen (R. P. O. 1577 Tit. 20 § 6, R. D. A. 1600 § 139, J. R. A. § 174) anerkannte, Gewohnheit abgeschafft. Zu gleicher Zeit wurde die römische Zinstheorie recipirt. Unterholzner S. 314, Fritz Erläuterungen II S. 46—51, Stobbe III S. 295 fg. Später aber wurde das gesetzliche Zinsmaximum von 6% auf 5% gemindert, nicht durch ein Reichsgesetz, sondern in Anlehnung an specielle reichsgesetzliche Vorschriften (R. P. O. 1577 Tit. 17 § 9 [und frühere Bestimmungen] über den Rentenkauf, das. Tit. 20 § 6 über Zinsen der Juden, J. R. A. 1654 § 174 über Zinsen für Schulden aus der Zeit des dreißigjährigen Krieges, R. D. A. 1600 § 139 über Verzugszinsen) durch die Praxis, so daß der früher noch von Manchen vertheidigte „sechste Zinsthaler" in der neueren Zeit ganz aufgegeben war. Vgl. Fritz Erläuter. II S. 51—55, Unterholzner § 154. r, Sintenis § 87 Note 46, Holzschuher III § 215 Nr. 6, Stobbe S. 298 fg. Das HGB. Art. 292 erlaubt bei Handelsgeschäften 6%, bei Darlehen, welche ein Kaufmann empfängt, und bei Schulden eines Kaufmannes aus seinen Handelsgeschäften, auch Mehr.

[4] Reichsgesetz vom 14. November 1867. Doch ist nach diesem Gesetz, wer mehr als 6% gewährt oder zusagt, zu halbjähriger Kündigung des Kapitals berechtigt. Mandry S. 402 fg. (352 fg.). — Nur insofern hat das römische Zinsmaximum auch gegenwärtig noch praktische Bedeutung, als in römischen Vorschriften die Höhe der gesetzlichen Zinsen auf „maximae usurae" oder „legitimae usurae" bestimmt ist. S. einen solchen Fall Note 2 Ziff. 2. Auch was l. 4 C. de aed. priv. 8. 10 angeht, läßt sich wohl die Frage aufwerfen, ob nicht die Compilatoren nur aus Versehen versäumt haben, nach Aenderung des gesetzlichen Zinsmaßes „cum centesimis usuris" in „cum legitimis usuris" (oder „cum semissibus usuris") zu verwandeln. Vgl. die l. 26 § 2 C. h. t.: „et eam quantitatem usurarum etiam in aliis casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem exigi usurae solent", und die Ausdrücklichkeit, mit welcher dieser Vorschrift gegenüber in l. 2 C. de usur. rei iud. 7. 54 die Ausnahme hervorgehoben wird.

[4a] Reichsgesetz vom 24. Mai 1880 betreffend den Wucher, Art. 3. Mandry S. 536 fg. (458 fg.).

[5] Das gilt sowohl für den Fall, wo die Zinsverbindlichkeit auf Willenserklärung, als für den Fall, wo sie auf Rechtssatz beruht; in beiden Fällen ist es in Ermangelung anderer, nach anderer Richtung weisender, Auslegungsmomente für das Wahrscheinliche zu erachten, daß Zinsen gemeint seien, wie sie an dem betreffenden Orte regelmäßig gewährt werden. Für gesetzliche Zinsen ist dieß in den Quellen auch ausdrücklich anerkannt: l. 1 pr. l. 37 D. h. t., l. 7 § 10 i. f.

§ 261.

Die Zinsverbindlichkeit unterliegt auch abgesehen von dem § 260 zu Note 4a Bemerkten folgenden gesetzlichen Beschränkungen[1].

1. Rückständige Zinsen können nicht wieder zinstragend gemacht werden, weder indem sie zum Kapital geschlagen werden, noch indem aus ihnen ein neues Kapital gebildet wird[2].

2. Sobald die rückständigen Zinsen die Höhe des Kapitals erreicht haben, hört der fernere Zinsenlauf auf[3].

D. de admin. et per. 26. 7, l. 39 § 1 D. de leg. I° 30. Schwankt der Ortsgebrauch, so ist nach allgemeiner Auslegungsregel (I § 84 Note 4) für den geringsten Betrag zu entscheiden. — Das HGB. (Art. 287) bestimmt die gesetzlichen Zinsen auf 6%. [Dernburg II § 28 behauptet ohne Beweis, gemeinrechtlich gelte als landesüblicher Zinssatz der Zinssatz von 5%.]

§ 261. [1] Durch das in Note 4 des § 260 erwähnte Reichsgesetz sind die in Nachfolgendem genannten Beschränkungen nicht berührt worden. Das bayerische Gesetz vom 5. December 1867 hat auch sie aufgehoben. Vgl. Mandry S. 405 fg. (355 fg.).

[2] S. g. anatocismus — coniunctus, separatus. L. 26 § 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 29 D. h. t., l. 27 D. de re iud. 42. 1, l. 20 C. ex quib. caus. inf. 2. 11 [12], l. 3 C. de us. rei iud. 7. 54, l. 28 C. h. t. Eine Ausnahme liegt nicht darin, daß Jemand Zinsen von den Zinsen verlangen kann, welche ein Anderer für ihn eingenommen oder welche er für einen Andern gezahlt hat, l. 10 § 3 i. f. D. mand. 17. 1, l. 7 § 12 l. 58 § 1. 4 D. de adm. et per. 26. 7); in beiden Fällen sind es nicht unbezahlte Zinsen, die wieder Zinsen tragen. Man hat aus diesen Stellen wohl den Satz hergeleitet, daß das gesetzliche Verbot nicht Platz greife, sobald eine Novation, oder durch Novation ein neuer Gläubiger oder ein neuer Schuldner, eintrete; ich halte das für unbegründet. Vgl. Fritz Erläut. II S. 64—65, Puchta § 229. ii, Sintenis § 87 Anm. 49, Holzschuher III § 215 Nr. 4, Seuff. Arch. II. 150. Eine wirkliche Ausnahme macht das HGB. (Art. 291) für den Contocurrentüberschuß. Vgl. Seuff. Pand. § 233 Note 10. Seuff. Arch. II. 149, VII. 290, VIII. 31, X. 207, XVI. 19. 202, XVII. 16, XVIII. 218, XXIX. 115, XXXV. 11. 104, XXXVI. 294, XXXVIII. 112. S. noch Holzschuher III § 215 Nr. 5, Kniep der Verzug des Schuldners II S. 255.

[3] Keine Zinsen ultra duplum, oder wie man heutzutage zu sagen pflegt, ultra alterum tantum. L. 26 § 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 10 l. 27 § 1 C. h. t. Nach späteren Verfügungen Justinians soll der Zinsenlauf sogar dann aufhören, wenn die gezahlten Zinsen die Höhe des Kapitals erreicht haben, Nov. 121. 138 (l. 29. 30 C. h. t.), Nov. 160); aber diese Stellen sind glücklicherweise nicht glossirt. Uebrigens ist die heutige Anwendbarkeit auch der im Text genannten Regel weder in Theorie noch Praxis unbestritten, und auch wo sie anerkannt wird, wird vielfach, und in der neueren Zeit durch eine constante Praxis, eine Ausnahme für den Fall hinzugefügt, daß der Gläubiger es an der nöthigen Sorgfalt, um das Anschwellen der Zinsen zu verhüten, nicht hat fehlen lassen, und im Besonderen für den Fall, daß er rechtzeitig Klage erhoben hat. S. Pfeiffer prakt. Ausführ. VII S. 40—42. 45—46, Holzschuher III § 215 Nr. 1. Seuff. Arch. II. 269, IX. 14; X. 207 (238), XVIII. 26, Entscheid. des OAG. zu Rostock IX S. 58, Entscheid. des RG. VII S. 161 (= Seuff. Arch. XXXVIII. 111); Seuff. Arch. XV. 188 (hierzu Kniep der Verzug des Schuld-

Geschäfte, welche zur Umgehung dieser Verbote abgeschlossen werden, sind ebenso nichtig[4], wie diejenigen, welche direct gegen sie verstoßen[5]. Sind verbotene Zinsen gezahlt worden, so müssen dieselben zuerst auf das Kapital angerechnet, sodann zurückgegeben werden[6].

III. Inhalt des Forderungsrechts.

A. Ueberhaupt. Uebersicht des Folgenden.

§ 262.

Unter Inhalt des Forderungsrechts wird hier sein rechtlicher Gehalt verstanden, die Macht, welche es dem Gläubiger gewährt[1].

---

ners II S. 255), Entscheid. des RG. VIII S. 174. Fällt die Regel auch dadurch weg, daß ein rechtskräftiges Urtheil gegen den Schuldner vorliegt? Dafür Pfeiffer prakt. Ausführ. VII S. 42 fg. Anders Seuff. Arch. XVII. 222. — S. noch Seuff. Arch. V. 14. — Literatur außer der citirten Abhandlung von Pfeiffer: W. Sell in Sell's Jahrb. I S. 13 fg. (1841); vgl. Fritz Erläuter. II S. 61—63. — HGB. Art. 293: „Die Zinsen können bei Handelsgeschäften in ihrem Gesammtbetrage das Kapital überschreiten". Vgl. Seuff. Arch. II. 149, VII. 290, VIII. 21, X. 207.

[4] In dem Erk. des OAG. zu Lübeck bei Seuff. Arch. VIII. 242 wird angenommen, daß die Uebertretung der Wuchergesetze sogar von Amtswegen zu berücksichtigen sei.

[5] Dieß ist nichts Besonderes (I § 70 Note 2); aber gerade hier liegt die Gefahr der Umgehung besonders nahe. Vgl. l. 44 D. h. t., l. 13 § 26 D. de A. E. V. 19. 1., l. 15 l. 16 l. 26 § 1 C. h. t., welche Stellen freilich jetzt keine praktische Bedeutung mehr haben. (Seuff. Arch. III. 155, andererseits auch I. 26, III. 308, VIII. 22. 225, XI. 129, XVI. 21. 202, XVII. 16.) Auch die früher viel verhandelte Frage, ob Vorabzug der Zinsen erlaubt sei (Glück XXI S. 71 fg., Röder Abhandl. über praktische Fälle des Civilrechts Nr. 4 [1833], Fritz Erläut. II S. 66—71, Vangerow I § 77 Anm. 2, Sintenis II § 87 Note 55, Holzschuher III S. 73. 74), darf jetzt nicht mehr aufgeworfen werden. Zu den Umgehungsgeschäften gehörte auch der s. g. contractus mohatrae, Verkauf eines beliebigen Gegenstandes auf Credit und sofortiger Rückkauf desselben um eine geringere Summe. (Das Wort ist arabischen Ursprungs, Cohn in Endemann's Handb. des Handelsr. III S. 846 Note 100, Kohler moderne Rechtsfragen bei islamitischen Juristen S. 5.)

[6] L. 26 pr. D. de cond. ind. 12. 6, l. 18 l. 26 C. h. t.; vgl. Paul. sentent. II. 14 § 2. 4. Röder Abhandlungen Nr. 5, Vangerow I § 76 Anm. 2 Nr. 3, Witte Bereicherungsklagen S. 71 fg. Seuff. Arch. IX. 297. Reichsges. 24/5 80 Art. 3 Abs. 2.

[1] In Betreff des Ausdruckes „Inhalt des Forderungsrechts" macht sich eine gleiche Mehrdeutigkeit geltend, wie in Betreff des Ausdruckes „Gegenstand des Forderungsrechts" (§ 252 Note 1). Der Sprachgebrauch erlaubt es, unter „Inhalt des Forderungsrechts" auch die Leistung (den Inhalt der Leistung) zu verstehen, zu welcher das Forderungsrecht den Schuldner verpflichtet. Es ist z. B. nicht sprachwidrig, zu sagen: der Inhalt der Darlehnsforderung sei die Rückzahlung der dargeliehenen Geldsumme. In diesem Sinne den Ausdruck genommen, bezeichnet er also gerade dasjenige, was von mir Gegenstand des § 262.

Dieser rechtliche Gehalt ist bereits im Allgemeinen dahin bezeichnet worden, daß der Gläubiger kraft des Forderungsrechts ein an den Schuldner gerichtetes rechtliches Gebot hat, dahin gehend, daß dieser ihm eine gewisse Leistung mache (§ 250. 251). Hier ist dieser Gehalt näher zu bestimmen, und dabei von folgenden einzelnen Punkten zu handeln.

1. Wie ist es, wenn der Schuldner dem an ihn gerichteten Gebot nicht nachkommt? Dann hat der Gläubiger nach allgemeinen Grundsätzen das Recht, den Richter anzurufen (I § 122); wenn auch der verurtheilte Schuldner die Leistung noch verweigert, so tritt Zwang gegen ihn ein. Es ist aber nicht unter allen Umständen für den Schuldner gefahrlos, den Gläubiger zur Beschreitung des Rechtsweges zu nöthigen. Darüber das Nähere in § 263.

2. Wie ist es, wenn dem Schuldner die Leistung unmöglich ist? Dann ist er nach Verschiedenheit der Fälle entweder frei, oder zu einem Ersatz in Geld verpflichtet. Darüber § 264. 265.

3. Wie ist es ferner, wenn das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung des Gläubigers nicht hinreicht? Man spricht in diesem Falle von Zahlungsunfähigkeit, und wenn eine Mehrheit von Gläubigern vorhanden ist, von Concurs. Darüber § 266—272.

4. Eine besondere Betrachtung macht sodann nöthig die Zeit, zu welcher, und der Ort, an welchem der Schuldner die Leistung zu machen verpflichtet ist. Darüber § 273—282.

5. Die dem Gläubiger durch das Forderungsrecht gewährte rechtliche Macht kann in künstlicher Weise gesteigert werden. Darüber § 283—286.

6. Auf der andern Seite gibt es Forderungsrechte, welche dem Gläubiger nicht die volle Macht gewähren, welche das Forderungsrecht an und für sich gibt[2].

a. Dem Gläubiger fehlt die Klagmacht. Forderungsrechte dieser

---

Forderungsrechts genannt wird. Vgl. Savigny Obl. I S. 295: „Gegenstand der Obligation, welchen man auch als Inhalt derselben bezeichnen kann". Kuntze die Obligation ꝛc. § 34 nennt „Gegenstand der Obligation" die Leistung als solche, „Inhalt der Obligation" den concreten Inhalt der Leistung, und gebraucht statt „Inhalt der Obligation" auch den Ausdruck „Vermögensstoff der Obligation"; übereinstimmend Salkowski zur Lehre von der Novation S. 4. [Vgl. jetzt Kuntze die Obligationen im röm. u. heut. R. § 24.] Puchta (§ 220—237) handelt unter der Rubrik „Inhalt der Obligation": 1) von dem Gegenstand, 2) von den Subjecten, 3) von dem Schutz derselben, Arndts (§ 201—217) unter der Rubrik „Wesen und Inhalt der Obligationen" von den genannten drei Punkten und vom Begriff der Obligation. Vgl. noch Unger I S. 499—500. 543.

[2] Vgl. zum Folgenden Hartmann die Obligation S. 119 fg.

Art kann man nur uneigentlicherweise Forderungsrechte nennen; gewöhnlich bezeichnet man sie durch den Ausdruck: natürliche Verbindlichkeiten. Darüber § 287—289.

b. Der Schuldner haftet nicht mit seinem ganzen Vermögen, sondern nur mit einem Theil desselben[3] oder nur mit einzelnen Sachen[4].

B. Nachtheile des Schuldners, welcher den Gläubiger zum Proceß nöthigt.

§ 263.

Diese Nachtheile treten entweder schon dann ein, wenn der Schuldner es zur Klage kommen läßt, oder nur dann, wenn er den Gläubiger durch sein Leugnen zum Beweise nöthigt, oder endlich nur dann, wenn er auch bis zum Urtheil den Gläubiger nicht befriedigt.

1. Ein Nachtheil schon in Folge der Klage trifft denjenigen, welcher mit einem Vermächtniß zu Gunsten einer Kirche oder frommen Stiftung beschwert ist; er muß, wenn er es zur Klage kommen läßt, das Doppelte zahlen[1].

2. Die Nachtheile, welche den Schuldner in Folge des Leugnens treffen, bestehen entweder ebenfalls in einer Steigerung des klägerischen Anspruchs auf das Doppelte[2], oder in einer Schmälerung der Vertheidigung.

a. Eine Steigerung des Anspruchs auf das Doppelte tritt ein bei der Forderung aus dem Aquilischen Gesetz, wenn der Schuldner die verübte widerrechtliche Beschädigung[3], und bei der Forderung aus

---

[3] So z. B. bei der actio de peculio.

[4] So nach deutschem Recht der Schuldner aus dem alten Rentenkauf und aus dem Bodmereivertrag. Vgl. Stobbe krit. VJSchr. IX S. 303 fg. Lehrbuch II § 175 Nr. II, auch in diesem Lehrbuch I § 225 Note 18. Ehrenberg beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht, Jena 1880 (bes. S. 397 fg.). Anzeige dieser Schrift von Schröder Zeitschr. f. Handelsr. XXVII S. 296 fg. [Bekker Pand. I § 43.]

[1] § 19. 23. 26 I. de act. 4. 6, vgl. l. 45 [46] § 7 C. de ep. et. cl. 1. 3 (lex rest.). Früheres Recht: § 7 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27, Gai. II. 282. IV. 9. 171, Paul. sentent. I. 19 § 1. Rudorff an dem in Note 2 genannten Orte S. 399—417. Arndts Forts. von Glück XLVI S. 76 fg. § 263.

[2] Die Quellen sagen: lis infitiatione crescit in duplum. Vgl. über diese Lehre, namentlich auch ihre ursprüngliche Bedeutung und geschichtliche Entwickelung: E. Sell in Sell's Jahrb. II S. 1 fg. 173 fg. (1843), Huschke Nexum S. 175—212 und Zeitschr. f. gesch. RW. XIII S. 256—284 (1846), Rudorff das. XIV S. 287 fg. (1848).

[3] L. 2 § 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, § 19. 23. 26 I. de act. 4. 6, l. 4 C. ad leg. Aq. 3. 35, Nov. 18 c. 8. Rudorff a. a. O. S. 374—375. 391—392, vgl. auch A. Pernice zur Lehre von den Sachbeschädigungen S. 105 fg. S. übrigens auch unten § 455 Ziff. 5 a. E.

einem vom Schuldner ausgestellten Empfangsbekenntniß, wenn derselbe seine Handschrift ableugnet[4].

b. Eine Schmälerung der Vertheidigung tritt in folgenden Fällen ein[5]. Der Bürge, welcher die Bürgschaft leugnet, verliert die Rechtswohlthat der Theilung der Vorausklage[6]. Der Gesellschafter, welcher die Gesellschaft leugnet, verliert die Rechtswohlthat des Nothbedarfs[7]. Der Empfänger einer unverschuldeten Leistung, welcher den Empfang leugnet, verliert den Beweisvortheil[8].

3. Nichtbefriedigung bis zum Urtheil hat Verurtheilung auf das Zwiefache zur Folge bei der Forderung auf Rückgabe einer zur Zeit der Noth hinterlegten[9], einer vermietheten oder einer vergünstigungs-

---

[4] Nov. 18 c. 8, Auth. *Contra* C. de non num. pec. 4. 30. In gleicher Weise wird der Gläubiger, welcher die Handschrift der von ihm ausgestellten Quittung ableugnet, um den Betrag seiner Forderung gestraft. S. die citirten Stellen. Diese Stellen drohen die gleiche Strafe demjenigen, welcher bei Anerkennung seiner Handschrift den Empfang leugnet. Aber dieses Leugnen verpflichtet nach heutigem Recht den Gegner nicht mehr zum Beweise. Vgl. § 372, § 349 Ziff. 4. Einf.-Ges. zur CPO. § 17. — Die Verurtheilung auf das Doppelte fällt weg, wenn der Beklagte auch nur auf zugeschobenen Eid hin gesteht; jedoch muß er die bis dahin aufgelaufenen Kosten ersetzen. (Das Gleiche muß von dem Fall der Note 3 gelten.) Bringt der leugnende Beklagte in zweiter Linie Einreden vor, so wird er dennoch verurtheilt, wenngleich er dieselben beweist, freilich nun nicht auf das Doppelte. Die Nov. 18 c. 8 cit. erkennt dieß für die Einrede der Zahlung ausdrücklich an. (Auch hier ist das Gleiche für den Fall der Note 3 zu behaupten.) Die Meinung, daß in beiden Fällen der leugnende Beklagte alle Einreden verliere und somit auf das Doppelte verurtheilt werde (Sell S. 183, Rudorff S. 471), steht in Widerspruch mit Nov. 18 c. 8 und findet in l. 43 pr. D. de R. I. 50. 17 keinen ausreichenden Belag. S. über diese und andere Fragen Sell S. 175—283, Rudorff S. 469—475, Sintenis II S. 346 und das. Anm. 73.

[5] Vgl. zu dem Folgenden noch I § 196 Note 7. § 197 Note 1. § 235 Note 26. — Zu den nachstehend genannten Bestimmungen fügt man gewöhnlich die fernere hinzu, daß der Eigenthümer eines Thieres, welcher aus einem von dem Thiere angerichteten Schaden belangt dessen Eigenthum ableugne, das Recht zur noxae datio verliere — ohne zu beachten, daß nach l. 1 § 15 D. de paup. 9. 1 dieser Nachtheil nur dann eintreten soll, wenn die Ableugnung auf eine interrogatio in iure geschehen ist. Will man aber dem Recht der interrogatio in iure an diesem Punkte praktische Geltung zuschreiben, so ist kein Grund vorhanden, nicht auch die Bestimmungen der l. 11 § 3. 4 l. 17 D. de interrog. 11. 1 zur Anwendung zu bringen.

[6] L. 10 § 1 D. de fidei. 46. 1. Was die Rechtswohlthat der Vorausklage angeht, s. § 478 Note 8.

[7] L. 67 § 3 D. pro soc. 17. 2, l. 22 § 1 D. de re iud. 42. 1.

[8] Er muß jetzt die Verschuldung beweisen, nicht der Kläger die Nichtverschuldung. L. 25 pr. D. de prob. 22. 3.

[9] Die Forderung geht nach dem prätorischen Edict von Haus aus auf das Doppelte (§ 17 I. de act. 4. 6, l. 1 § 1 D. dep. 16. 3); aber durch Herausgabe des Einfachen kann die Verurtheilung abgewendet werden. Die Institutionen

weise hingegebenen Sache[10]; bei der Forderung auf Rücknahme einer gekauften Sache wegen Fehlerhaftigkeit[11]; bei der Forderung gegen die Pächter öffentlicher Einkünfte auf Wiedergabe des von ihnen oder ihren Leuten Weggenommenen, so wie auf Ersatz der von ihnen oder ihren Leuten böswilligerweise angerichteten Beschädigung[12]. Sie hat Verurtheilung auf das Vierfache zur Folge bei der Forderung aus dem Zwange[13]. In dem Fall der in der Note[14] genannten Stelle wird die Verurtheilung um ein Drittel gesteigert.

Es ist jedoch die heutige Anwendbarkeit der im Vorstehenden genannten Bestimmungen vielfach bestritten[15].

(§ 22. 26 I. de act. 4. 6) stellen ungenau diesen Fall zu den Fällen, wo lis infitiatione crescit in duplum. Rudorff S. 457—463.

[10] Dieß nach einer Bestimmung des Kaisers Zeno v. J. 484, l. 10 C. unde vi 8. 4 (in abgekürzter Gestalt l. 33 C. de loc. 4. 65).

[11] L. 45 D. de aed. ed. 21. 1.

[12] L. 1 pr. l. 5 pr. D. de publ. 39. 4.

[13] § 25. 27 I. de act. 4. 6, l. 14 § 1 D. quod met. causa 4. 2.

[14] L. 33 pr. C. de inoff. test. 3. 28. Vgl. III § 582 Note 7.

[15] Ueber diese schwierige Frage bemerke man Folgendes. 1) Am wenigsten bestritten ist die heutige Anwendbarkeit der unter Ziff. 2 lit. b angeführten Bestimmungen. Vgl. Wetzell Civilproc. 2. Aufl. S. 280 fg. 3. Aufl. S. 309 fg. (s. jedoch Seuff. Arch. XVII. 37). 2) Was die Steigerung des Anspruches auf das Zwei- und Vierfache betrifft (Ziff. 1. 2 lit. a. 3), so ist über die heutige Geltung dieser Steigerung von den Civilisten von jeher in Zusammenhang mit der Frage gestritten worden, ob überhaupt die römischen actiones poenales heutzutage noch Geltung haben. In Betreff dieser Frage ist aber die Zahl der Bejahenden der Zahl der Verneinenden gegenüber immer eher größer gewesen, als kleiner. S. § 326 Note 5. Noch entschiedener gilt dieß von den Processualisten. S. die Nachweisungen bei Glück VI S. 185 Note 70, und die Lehrbücher des Civilprocesses von Martin § 39, Linde § 118, Heffter § 133, Bayer § 23, Osterloh § 121, Wetzell § 30. 3) Eine die Steigerung des Anspruchs anerkennende constante Praxis ist zwar nirgends bezeugt; ja es geben wohl umgekehrt die Vertheidiger der Steigerung zu, daß in der Praxis nur auf das Einfache gesprochen werde. S. namentlich Stryk Us. mod. Pand. lib. IX tit. 2 § 20. Von der andern Seite fehlt es aber doch nicht ganz an Zeugnissen für die praktische Anwendung, wie der römischen Strafklagen überhaupt, so speciell der hier in Frage stehenden; s. § 326 Note 5. 4) Will man sich auch über diese Anwendungsfälle als vereinzelte hinwegsetzen, und demgemäß für die römischen Strafklagen überhaupt, und die hier in Frage stehenden speciell, einen non usus annehmen, so fragt es sich doch, ob in diesem non usus der Ausdruck eines zu Grunde liegenden Rechtsbewußtseins gefunden werden dürfe. Ist es nun schon äußerst bedenklich, diese Frage für die Strafklagen überhaupt zu bejahen (s. dieses Lehrbuch a. a. O.), so kommt gerade für diejenigen, um welche es sich hier handelt, Folgendes hinzu. Offenbar ist ein Unterschied zwischen Strafen, welche eine Buße für einen Bruch der Rechtsordnung verhängen, und solchen, welche im Hinblick auf bestimmte Interessen zu einem Thun oder Unterlassen bestimmen wollen. Wenn es der treibende Gedanke ist, welcher der Entwickelung des Strafrechts zu Grunde liegt, daß Strafen der ersten Art nur von dem Staate als dem Wächter der Rechtsordnung eingefordert werden sollen, so werden doch die Strafen der

C. Unmöglichkeit der Leistung*.

§ 264.

Beruft sich derjenige, von welchem eine Leistung gefordert wird, auf die Unmöglichkeit der Leistung, so ist zu unterscheiden, ob die Unmöglichkeit schon von Anfang an vorhanden gewesen ist, d. h. schon

---

zweiten Art von diesem Gesichtspunkt nicht berührt. Daß aber die Strafen, welche hier zur Frage stehen, wenigstens der Mehrzahl nach, von dieser letzteren Art sind, liegt auf der Hand. Vgl. auch Nov. 18 c. 8: — „non quia amarioribus legibus delectamur, sed quia lites eorum minores efficimus, quatenus timore poenae citius dicant, quod confiteri competit". 5) Am wenigsten möchte gegen die Anwendbarkeit der Verdoppelung bei Vermächtnissen zu Gunsten von Kirchen und frommen Stiftungen einzuwenden sein; hier wird die praktische Geltung der Verdoppelung selbst von solchen Schriftstellern zugegeben, welche im Uebrigen die römischen Strafklagen auf das Mehrfache ausschließen, so von Lauterbach Coll. theor.-practic. ad libros de legat. n° 55, Boehmer de act. II c. 3 § 77, Heineccius elem. iur. IV. 6 § 11. 27, Müller ad Leyser. obs. 38; vgl. auch Sell a. a. O. S. 250 oben. 6) Was die unter Ziff. 3 genannten Bestimmungen angeht, so ist in Betreff derselben noch speciell zu erwägen, ob sie nicht, wenigstens theilweise, ihren Grund haben in dem nach classischem römischen Recht dem Urtheil vorhergehenden richterlichen Vorbescheid (arbitratus iudicis), und daher mit diesem weggefallen sind. Aber „es ist sehr möglich, daß (dieser Vorbescheid) auch schon in Justinians Zeit nicht mehr vorkam, und daß der § 31 I. de act. 4. 6, der darauf hinweist, gedankenlos aus einem alten Juristen abgeschrieben worden ist" (Savigny System V S. 145). 7) Auch durch das Reichsstrafgesetzbuch sind die hier fraglichen Strafen nicht aufgehoben worden, da die Handlungen, auf welche sie gesetzt sind, nicht zu den „Materien" gehören, welche „Gegenstand" des Reichsstrafgesetzbuchs sind (Einf.-Ges. § 2). Mandry S. 256. — Vgl. im Allgemeinen Glück V S. 390. VI S. 182 fg., Sell a. a. O. S. 246—251, Rudorff a. a. O. S. 476—478, Sintenis II S. 343—348, Kleinschmidt Arch. für prakt. RW. N. F. I S. 70 fg. Neuestens L. Seuffert Arch. f. civ. Pr. LXVII S. 323 fg. (Dieser Schriftsteller sucht die heutige Unanwendbarkeit der sämmtlichen genannten Strafen, mit Ausnahme der unter 2 lit. b genannten, auszuführen, selbst die Unanwendbarkeit der Bestimmung über die Verdoppelung bei Vermächtnissen zu Gunsten von Kirchen und frommen Stiftungen. Er sieht in dieser Bestimmung lediglich einen „Bestandtheil des Kirchenverwaltungsrechts" [!]. Im Uebrigen beruft er sich theils auf den weggefallenen richterlichen Restitutionsbefehl, theils darauf, daß die Strafen, jedenfalls im Sinne des Justinianischen Rechts, nicht mehr Strafen des Leugnens, sondern Strafen eines Delicts seien [Nov. 18 c. 8: Betrug!]). [Wie Seuffert Dernburg II § 3 Note 7, III § 99 Note 10.] — Seuff. Arch. XIV. 245, XVII. 37 (gegen die heutige Geltung).

* Fr. Mommsen die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse (der „Beiträge zum Obligationenrecht" erste Abth.) 1853. (Dazu Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. II S. 106—145. Brinz krit. Ueberschau V S. 278—302, Mommsen Lehre von der Mora S. 407—428.) Hartmann die Obligation S. 166—272 (1875). Ders. Jahrb. für Dogm. XXII S. 417 fg. (1884). Der Aufsatz von Ube Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 246 fg. 366 fg. (1865) ist gut geschrieben, aber enthält nichts Neues. [Vgl. auch Salkowski Forts. von Glück XLIX S. 109—392.] — Savigny Oblig. I § 37.

zur Zeit der Thatsache, auf welche der Gläubiger sein Forderungsrecht gründet (ursprüngliche Unmöglichkeit), oder ob sie erst nach dieser Thatsache eingetreten ist (nachfolgende Unmöglichkeit).

1. Bei der ursprünglichen Unmöglichkeit ist ferner zu unterscheiden zwischen objectiver Unmöglichkeit, d. h. Unmöglichkeit an sich, und subjectiver Unmöglichkeit, d. h. Unmöglichkeit bloß für den Schuldner[1]. Die objective Unmöglichkeit läßt das Forderungsrecht, welches die betreffende Thatsache zu erzeugen an und für sich fähig gewesen wäre, gar nicht entstehen, und es kann weder die Leistung selbst, noch statt derselben ein Geldäquivalent gefordert werden[2]. Dagegen hindert die bloß subjective Unmöglichkeit das Entstehen des Forderungsrechts nicht; dasselbe hat statt der unmöglichen Leistung zum Gegenstand die Leistung eines Geldäquivalentes[3]. Näher wird von der ursprünglichen Unmöglichkeit in der Lehre von der Entstehung der Forderungsrechte gehandelt werden (§ 315)[4].

II § 81, Unterholzner I § 100—102, Sintenis II S. 22—25, Brinz 2. Aufl. II § 245. 246. 265 fg. 276 fg.

[1] Beispiele: Geben einer Sache, die bereits untergegangen ist, Geben einer Sache, welche nicht im Eigenthum des Schuldners steht. Eine nicht existirende Sache kann nicht gegeben werden, eine Sache, welche nicht im Eigenthum des Schuldners steht, kann nicht vom Schuldner gegeben werden. S. l. 137 § 4. 5 D. de V. O. 45. 1, wo unterschieden wird zwischen „impedimentum naturale" und dem Mangel der „facultas dandi"; vgl. auch l. 55 D. de A. E. V. 19. 1. Der Gegensatz läßt sich auch durch die Ausdrücke „absolute, relative Unmöglichkeit" bezeichnen, obgleich Andere diese Ausdrücke in anderem Sinne gebrauchen (Mommsen S. 4. 5, Brinz krit. Ueberschau V S. 283. 284. Pand. 2. Aufl. II § 245 Note 25). Ueber Einzelnes s. Mommsen § 2—10. Hartmann mißbilligt die Bezeichnung subjective Unmöglichkeit, und will statt derselben geredet wissen von Hindernissen (subjectiven Hindernissen) der Leistung. Ebenso Brinz a. a. O. S. 285. Pand. 2. Aufl. II S. 123 (anders aber S. 321 fg.). Ich sehe von diesem Verlassen des Sprachgebrauchs des Lebens keinen Vortheil. Hartmann erklärt aber auch den Begriff selbst für einen werthlosen Schulbegriff; ähnlich Brinz Pand. 2. Aufl. II S. 126. S. in dieser Beziehung Note 4. § 264.

[2] L. 185 D. de R. I. 50. 17. „Impossibilium nulla obligatio est". L. 1 § 9. 10 D. de O. et A. 44. 7, l. 34 l. 35 pr. l. 83 § 5 l. 103 D. de V. O. 45. 1, § 1. 2 I. de inut. stip. 3. 19; l. 15 pr. l. 34 § 1 l. 57 pr. § 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 1 l. 7 D. de H. v. A. V. 18. 4; l. 49 § 3 D. de leg. II° 31, l. 39 § 8—10 D. de leg. I° 30.

[3] L. 34 D. de V. O. 45. 1, l. 137 § 4. 5 eod., l. 15 § 3 i. f. D. de usurp. 41. 3; l. 28 D. de contr. emt. 18. 1; l. 49 § 3 D. de leg. II° 31, l. 39 § 7 l. 40 l. 71 § 3 D. de leg. I° 30. Vgl. l. 104 § 2 D. de leg. I° 30, l. 55 D. de A. de A. E. V. 19. 1, l. 103 i. f. D. de V. O. 45. 1.

[4] Daselbst wird namentlich die Frage beantwortet werden, ob die aufgestellten Sätze ausnahmslos wahr sind. Was Vermächtnisse angeht s. § 634 Ziff. 2. Nach dieser Seite liegt das Schwergewicht der Ausführungen Hartmann's in Betreff der ursprünglichen Unmöglichkeit. Daß aber der Gegensatz zwischen objectiver und subjectiver Unmöglichkeit auch als Ausgangspunkt un-

2. Bei der nachfolgenden Unmöglichkeit kommt es nicht darauf an, ob sie eine objective oder eine subjective ist, sondern darauf, ob den Schuldner in Betreff derselben eine Schuld trifft, oder nicht. Trifft ihn eine Schuld nicht, so ist er frei[5] und muß nur leisten, was das die Unmöglichkeit herbeiführende Ereigniß ihm von dem Leistungsgegenstand gelassen oder statt des Leistungsgegenstandes gegeben hat[6]. Trifft dagegen den Schuldner eine Schuld, so ist er zur Leistung eines Geldäquivalentes, und zwar näher zur Leistung des Interesse des Gläubigers (§ 257) verpflichtet[7], kann aber auch seiner-

brauchbar sei, davon bin ich weder durch die Ausführungen von Hartmann, noch durch die von Brinz überzeugt worden. S. auch Rümelin Gött. Gel. Anzeigen 1876 S. 955 fg., Mommsen Erörterungen II S. 87; auch Scheurl krit. VJSchr. XVIII S. 501 fg.

[5] Vgl. unter vielen Stellen l. 1 § 4 D. de O. et A. 44. 7, l. 37 l. 51 D. de V. O. 45. 1, l. 107 D. de sol. 46. 3; l. 26 § 1 l. 47 § 4. 6 D. de leg. I° 30, l. 23 [22] § 3 D. ad SC. Treb. 36. 1. Theilweise anderer Meinung Hartmann Obligation S. 227. Jahrb. für Dogm. XXII S. 438, Brinz Pand. 2. Aufl. II § 278 Note 10. 13 — eingestandenermaßen ohne directen Beweis aus den Quellen. [Vgl. auch Dernburg II § 68.] Eine ganz andere Frage ist es, ob der Schuldner bei unverschuldeter Unmöglichkeit der eigenen Leistung die Gegenleistung erhält bez. behält; auf diese Frage bezieht sich der citirte Aufsatz Hartmann's in den Jahrb. für Dogm. fast ausschließlich. Vgl. § 390 Note 3a. — Man pflegt den im Text bezeichneten Satz auch wohl so auszudrücken: der Schuldner haftet nicht für Zufall (vgl. l. 23 D. de R. I. 50. 17); aber damit ist nichts Neues gesagt, sondern eben nur das Negative, daß der Schuldner nicht haftet, wenn ihn in Betreff der Unmöglichkeit keine Schuld trifft. Ueber den Sinn, in welchem die Quellen von „casus" reden, s. Mommsen S. 241—247, Brinz 2. Aufl. II § 276 (eigenthümlich). Unbrauchbar und in dieser Allgemeinheit unrichtig ist die Regel: casum sentit dominus. Wächter Arch. f. civ. Pr. XV S. 117—138, Mommsen S. 247—252. Ueber die Stellen, auf welche man diese Regel gestützt hat, vgl. namentlich den Letzteren S. 250 Note 32. Goose Jahrb. f. Dogm. IX S. 1 fg. stellt den Satz auf, daß derjenige die Gefahr trage, in dessen Vermögen die Sache sei (vgl. § 390 Note 3). Für die bezeichnete Regel jetzt wieder Brinz 2. Aufl. II S. 317.

[6] L. 1 § 47 l. 2 D. dep. 16. 3, § 3 i. f. I. de emt. 3. 23, l. 35 § 4 D. de contr. emt. 18. 1, l. 21 i. f. D. de H. v. A. V. 18. 4, l. 13 § 12. 17 D. de A. E. V. 19. 1, l. 14 pr. D. de furt. 47. 2. Kein Widerspruch liegt, wie Mommsen S. 289 glaubt, in l. 83 § 5 D. de V. O. 45. 1, l. 98 § 8 D. de sol. 46. 3. [Vgl. noch Salkowski Forts. von Glück XLIX S. 166—220.] — Zu dem, was der Schuldner statt des zu leistenden Gegenstandes hat, gehört auch die Versicherungssumme; vgl. namentlich l. 13 § 12 D. de A. E. V. cit. *vv.* damni infecti. Lippmann Jahrb. für Dogm. VII S. 21 fg., Kuntze bei Holzschuher III S. 825. 826, Vangerow § 635 a. E. in der 7. Aufl. Vgl. aber auch Mommsen S. 118 fg., Ihering Jahrb. f. Dogm. III S. 472—474, Hofmann Periculum beim Kaufe S. 153 fg.

[7] Das dabei stattfindende rechtliche Verhältniß ist nicht etwa so zu denken, daß das bisher bestandene Forderungsrecht durch die eingetretene Unmöglichkeit der Leistung untergegangen, zugleich aber durch die Verschuldung des Schuldners ein anderes Forderungsrecht gegen denselben begründet worden sei. Sondern

seits Abtretung der Ansprüche verlangen, welche dem Gläubiger in Betreff des zu leistenden Gegenstandes zustehen[8]. — Hierzu ist jedoch Folgendes zu bemerken.

a. Der Satz, daß der Schuldner frei ist, wenn ihn in Betreff der eingetretenen Unmöglichkeit keine Schuld trifft, ist kein absoluter. Das Gegentheil, schlechthin oder in gewissem Umfange, kann nicht nur ausgemacht werden, sondern tritt unter Umständen auch nach gesetzlicher Regel ein[9].

---

das jetzt vorhandene Forderungsrecht ist das alte, was sich darin praktisch erweist, daß alle für das alte Forderungsrecht geltenden rechtlichen Bestimmtheiten fortdauern, z. B. Pfand, Bürgschaft, Concursprivilegium, Verzug, Uebergang auf die Erben 2c. Auch in dem Leistungsgegenstand hat sich, wenn die Unmöglichkeit bloß eine subjective ist, rechtlich nichts geändert; verpflichtet ist der Schuldner nach wie vor zur Leistung des ursprünglichen Gegenstandes, und daß ein Geldäquivalent von ihm eingetrieben wird, ist nur Nothbehelf. Ist freilich die Unmöglichkeit eine objective, so kann das Forderungsrecht auf den ursprünglichen Leistungsgegenstand ebensowenig fortbestehen, wie es darauf hätte entstehen können; es besteht nur mit verändertem Leistungsgegenstand fort. Doch hat die Erwägung, daß der Umfang dieses Gegenstandes, der Betrag des zu leistenden Interesse, erst bestimmt werden muß, die ältere römische Jurisprudenz zu der Auffassung geführt, daß auch bei objectiver Unmöglichkeit einstweilen noch immer der ursprüngliche Leistungsgegenstand geschuldet werde. S. namentlich l. 91 § 3. 6 D. de V. O. 45. 1, auch l. 95 pr. D. de sol. 46. 3; aber auch l. 31 § 11 D. de aed. ed. 21. 1, Paul. sentent. V. 7 § 4. Vgl. Mommsen a. a. O. S. 229 fg. und Beiträge III S. 413, Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 212 fg., Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 178 fg., Hartmann S. 229 fg., Brinz 2. Aufl. II § 266 Ziff. 3. Seuff. Arch. XV. 215, XXIV. 28 Nr. I, XXX. 29. 247, XXXIV. 196 (ROHG.).

[8] L. 25 § 8 l. 60 § 2 D. loc. 19. 2, l. 12 D. de re iud. 42. 1 (§ 327 Note 12). Vgl. l. 63. 69 D. de R. V. 6. 1 (§ 337 Note 1).

[9] Vgl.: a) l. 5 § 2 D. commod. 13. 6, l. 39 D. mand. 17. 1, l. 9 § 2 l. 13 § 5 D. loc. 19. 2, l. 22 C. de neg. gest 2. 18 [19], l. 1 C. de commod. 4. 23 u. a. m. b) L. 5 § 3 D. commod. 13. 6, l. 10 § 6 D. de I. D. 23. 3, vgl. l. 52 § 3 pro socio 17. 2. c) L. 4 pr. D. de R. C. 12. 1. d) L. 10 [11] D. de neg. 3. 5. e) III § 647 Note 10. f) Im Besonderen gehört hierher der Fall, wo der Schuldner haftbar ist wegen aller Ereignisse, welche durch eine gesteigerte, persönliche Obhut und Fürsorge (custodia im technischen Sinn) hätten abgewendet werden können, so daß er nur wegen „damnum fatale“, „vis maior“, „casus cui resisti non potest“ nicht haftet. L. 41 D. loc. 19. 2 (— „sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit“), l. 52 § 3 D. pro soc. 17. 2, l. 35 § 4 D. de contr. emt. 18. 1, § 3 I. de emt. 3. 23. Eine ältere nicht durchgedrungene Meinung in l. 19 D. commod. 13. 6. S. ferner § 384 Note 6. Baron Arch. f. civ. Pr. LII S. 44 fg., Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. XVI S. 326 fg., Pernice Labeo II S. 345 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 274—276. Der erstgenannte Schriftsteller nimmt diese gesteigerte Verhaftung des Schuldners in allen Fällen an, wo die Quellen: a) exacta, exactissima diligentia, diligentia diligentissimi patris familias verlangen; b) wo sie dem Schuldner die actio furti zuschreiben; c) wo sie sagen, daß er nur wegen vis maior, wegen damnum fatale, wegen casus cui resisti non potest, nicht haftet. Allein es ist

b. Ist dem Schuldner die Erfüllung nur mit unverhältnißmäßigen Opfern möglich, so braucht er dem Gläubiger nicht das Interesse, sondern nur den wahren Sachwerth zu leisten[10].

Verschuldung*.

§ 265.

Die Frage, wann man sagen könne, daß dem Schuldner in Betreff der eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung eine Schuld zur Last falle, ist nicht für alle Forderungsrechte in gleicher Weise beantwortet. Der Gegensatz, um welchen es sich handelt, ist im Allgemeinen der, ob dem Schuldner bloß die Arglist[1], d. h. die willentliche Herbeiführung im Bewußtsein der Widerrechtlichkeit der Unmöglichkeit, oder auch die Nachlässigkeit[2], der Mangel an der gehörigen Geistesan-

---

nicht gerechtfertigt, die ad a genannten Ausdrücke zu pressen, vgl. l. 44 pr. D. ad leg. Aq. 9. 2, und auch was b und c angeht, ist eine Ungenauigkeit der Redeweise wohl denkbar, vgl. l. 14 § 12. 16 D. de furt. 47. 2, l. 28 C. de loc. 4. 65. Vgl. auch Pernice a. a. O. II S. 335 Note 20, Brinz 2. Aufl. II § 269 Note 40. [Hierher gehören zwei Münchener Preisschriften, von Engelmann (die custodiae praestatio nach röm. R., erschienen 1887) und von Bruckner (die custodia nebst ihrer Beziehung zur vis maior nach röm. R., erschienen 1889). Engelmann (S. 68 fg. 120 fg. 141 fg.) nimmt die gesteigerte Haftung des Schuldners nur beim receptum nautae 2c. an. Bruckner (S. 88 fg. 206 fg.) läßt sie für jeden Schuldner eintreten, der actionem furti hat, d. h. der „rem tenuit domini voluntate" (l. 86 [85] D. de furt. 47. 2). Ich kann den Quellenbeweis, welchen dieser Schriftsteller angetreten hat, nicht für genügend erachten. Die Schrift von Engelmann ist von Lotmar in Zarncke's Centralblatt 1888 S. 117 angezeigt.]

[10] Vgl. III § 647 Note 5 und Lehmann Jahrb. f. Dogm. XIII S. 235 fg. [A. M. v. Tuhr der Nothstand im Civilrecht S. 31.]

* Vgl. I § 101 und die daselbst bei * und in Note 5 citirten Schriftsteller. Außerdem Unterholzner I § 133—137. — Die kleine Schrift von Kniep „über Contractsculpa" (Rostock 1872) beschäftigt sich mit einem supponirten älteren Begriff von culpa, in welchem das Moment der Zurechenbarkeit gefehlt habe. S. über diese Schrift Hölder krit. VJSchr. XVI S. 539 fg.

§ 265. [1] Dolus. S. § 101 Note 6. Daß die Quellen diesen Ausdruck da scheuen, wo das Motiv der Handlung kein niedriges und gemeines ist, ist bereits a. a. O. bemerkt worden.

[2] Die technische Bezeichnung der Quellen für Nachlässigkeit ist „culpa", obgleich das Wort auch in dem Sinne von „Schuld überhaupt" vorkommt. S. I § 101 Note 7. Den Gegensatz zu culpa im technischen Sinne bezeichnet der Ausdruck diligentia. Eine besondere Art der diligentia bildet die custodia; custodia ist die auf Schutz einer Sache gerichtete diligentia. Die Quellen sagen übrigens sowohl culpam praestare, wie diligentiam praestare, custodiam praestare. Sie häufen auch wohl die Ausdrücke culpa und diligentia, culpa und custodia, diligentia und custodia. Hasse § 38. 54—55. 76—78. 87—90. Der Ausdruck custodia hat aber auch einen besonderen technischen Sinn, s. § 264 Note 9. Pernice a. a. O. nimmt an, daß auch der Ausdruck diligentia ursprünglich nicht den reinen Gegensatz von culpa, sondern ein Mehr von Sorgfalt

spannung, um die Unmöglichkeit zu vermeiden[3], zur Schuld angerechnet wird.

1. Wegen Arglist haftet der Schuldner bei allen Forderungsrechten[4]. Das Gegentheil kann nicht einmal ausgemacht werden[5].

2. Ebenso haftet der Schuldner bei allen Forderungsrechten wegen grober Nachlässigkeit[6], d. h. wegen einer Nachlässigkeit, die über alle Grenzen geht[7].

3. Auch wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit, d. h. wegen eines Benehmens, welches unterhalb des Maßes der Sorgfalt bleibt, die ein ordentlicher Mann aufzuwenden pflegt[8], haftet der Schuldner bei allen Forderungsrechten dann, wenn er in eigenen Angelegenheiten sorgfältiger zu sein pflegt[9,10].

---

bezeichnet habe. S. noch Brinz 2. Aufl. II S. 251. [Dernburg II § 37 zu Note 2. Bruckner (§ 264 Note 9) S. 1—82 betont nach Brinz II § 268, daß custodia etwas von der diligentia Verschiedenes sei; man könne custodire mit größerer oder geringerer Sorgfalt; custodia sei ein factischer Begriff, in der custodia gebe es nicht Grade, sondern Qualitäten. Gewiß; aber wird nicht damit, daß custodia von Jemandem verlangt wird, auch ein gewisser Grad von diligentia verlangt? Gibt es eine custodia, die bloß in der Abwesenheit von dolus besteht? Vgl. Bruckner S. 71, Brinz II § 268 Note 11. Daß custodia diligentia in custodiendo sei vertheidigt Engelmann in der § 264 Note 9 citirten Schrift, indem er diesen Sinn von custodia als den „technischen" (§ 264 Note 9 bei f) bezeichnet.]

[3] Dieser Mangel kann sich sowohl in einem Thun, als in einem Unterlassen bethätigen (culpa in faciendo, in non faciendo). S. l. 91 pr. D. de V. O. 45. 1 und Hasse § 27—34.

[4] Die Verpflichtung zu einer Leistung schließt mit rechtlicher Nothwendigkeit die Verpflichtung ein, die Leistung nicht willentlich im Bewußtsein der Rechtswidrigkeit unmöglich zu machen.

[5] L. 23 D. de R. I. 50. 17, l. 27 § 3 D. de pactis 2. 14, l. 17 pr. D. comm. 13. 6, l. 1 § 7 D. dep. 16. 3, l. 6 § 9 D. de A. E. V. 19. 1. Seuff. Arch. XVI. 27.

[6] Die technische Bezeichnung der Quellen ist „lata culpa".

[7] S. Hasse § 21—23 und I § 101 Note 10.

[8] S. I § 101 Note 8. Vgl. noch Mommsen a. a. O. S. 360—373 und dazu Windscheid a. a. O. S. 281. Der hier gebrauchte Ausdruck „gewöhnliche Nachlässigkeit" soll den quellenmäßigen Ausdruck „levis culpa" wiedergeben. Mit diesem letzteren Ausdruck wird nicht etwa ein besonders leichter Grad der Nachlässigkeit bezeichnet werden, sondern eben nur, daß die Nachlässigkeit nicht lata culpa ist; der Begriff der levis culpa ist ein negativer. Die Quellen bezeichnen übrigens die levis culpa gewöhnlich als culpa schlechthin: wenn gesagt wird, daß Jemand nicht bloß wegen dolus, sondern auch wegen culpa hafte, so heißt das, daß er auch wegen levis culpa hafte, während die Haftung wegen lata culpa als selbstverständlich vorausgesetzt wird. Hasse § 43.

[9] L. 32 D. dep. 16. 3 . . . „Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret". So auch l. [23] 22 § 3 D. ad SC. Treb. 36. 1.

4. Abgesehen von diesem Fall bildet die Verhaftung wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit nur die Regel; diese Regel erleidet aber Ausnahmen[11]. Namentlich tritt eine Ausnahme da ein, wo das Verhältniß, aus welchem das Forderungsrecht erwachsen ist, lediglich zum Vortheil des Gläubigers gereicht[12], obgleich doch auch diese Ausnahme wieder nicht ausnahmslos durchgeführt wird[13].

5. Bei einigen der Forderungsrechte, bei welchen Verhaftung wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit stattfindet, wird dem Schuldner die Entschuldigung gestattet, daß er in eigenen Angelegenheiten nicht sorgfältiger zu sein pflege[14]. Man kann das so ausdrücken: der Schuldner hafte nur für relative Sorgfalt[15].

---

[10] Die Annahme, daß die von dem Schuldner in eigenen Angelegenheiten vermiedene levis culpa ebenfalls lata culpa genannt werde, findet in diesen Stellen keine Rechtfertigung. Vgl. I § 101 Note 10a.

[11] Hasse § 92—99b, Bethmann-Hollweg in dem Anh. IV zu Hasse's Schrift S. 553—579, Mommsen Beitr. III S. 391—406, Jhering das Schuldmoment im römischen Privatrecht S. 53—54, Brinz 2. Aufl. II S. 256 fg. Vorzugsweise den geschichtlichen Gesichtspunkt verfolgt die Darstellung von Pernice a. a. O. S. 255—330.

[12] L. 5 § 2 D. comm. 13. 6, l. 17 § 2 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 108 § 12 D. de leg. I° 30; l. 23 D. de R. I. 50. 17 (Hasse S. 224 Note 2, Huschke Rhein. Mus. VII S. 74).

[13] So namentlich nicht in allen den Fällen, wo der unmittelbare Inhalt der geschuldeten Leistung der ist, daß Jemand im Interesse eines Andern thätig werden soll, bei Auftrag, Geschäftsführung, Vormundschaft 2c. Vgl. § 410 Note 4. — Der Stipulationsschuldner haftete wegen culpa in faciendo, nicht wegen culpa in non faciendo, l. 91 pr. D. de V. O. 45. 1. D. h. das römische Recht ist der Ansicht, daß aus dem Forderungsrecht als solchem sich wohl die Verpflichtung zur Vermeidung einer fahrlässigen Thätigkeit ergebe, nicht aber die Verpflichtung zur Vermeidung einer fahrlässigen Unterlassung. Vgl. Pernice a. a. O. S. 269 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 254. A. M. Bethmann-Hollweg in dem in Note 11 citirten Aufsatz, welcher aus dem Forderungsrecht als solchem die Verpflichtung zur Vermeidung einer jeden Fahrlässigkeit herleitet, und in der Entscheidung der l. 91 pr. cit. nur einen Einfluß der Formelconception sieht. Umgekehrt glaubt Hartmann die Obligation S. 224 fg. 252 fg., daß in der l. 91 cit. nicht einmal die Verpflichtung zur Vermeidung einer fahrlässigen Thätigkeit anerkannt sei (S. 272). Man wird seine Ausführungen bei ihm selbst nachlesen müssen.

[14] Hasse § 39—42, Pernice S. 360 fg., Mommsen Beitr. III S. 374 —390 und dazu Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. III S. 281—284.

[15] Andere heutzutage gebrauchte Bezeichnungen sind: der Schuldner hafte für diligentia quam in suis (sc. rebus adhibēre solet) — so auch die Quellen, vgl. z. B. l. 25 § 16 D. fam. erc. 10. 2, l. 72 D. pro soc. 17. 2, l. 17 pr. D. de I. D. 23. 3; oder der Schuldner hafte für culpa levis in concreto. — Das Einstehen für relative Sorgfalt ist eine Milderung der Haftung wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit; daher braucht, wer für relative Sorgfalt einsteht, nie mehr zu leisten, als die Sorgfalt eines ordentlichen Mannes. Hasse § 41.

6. Was den Beweis angeht[16], so ist es die Pflicht des Schuldners, welcher sich auf die Unmöglichkeit der Leistung beruft, die Umstände darzulegen und nachzuweisen, unter welchen die Unmöglichkeit eingetreten ist, und der Richter hat dann auf Grund dieser Umstände zu erwägen, ob den Schuldner eine Schuld der Art trifft, wie sie zu seiner Verurtheilung erfordert wird[17]. Muß der Richter zu diesem Ende eine Vergleichung des vorliegenden Verhaltens des Schuldners mit dessen gewöhnlichem Verhalten anstellen[18], so liegt der Nachweis der Art und Weise dieses Verhaltens in dem in Ziff. 3 genannten Fall dem Gläubiger ob, dagegen in dem in Ziff. 5 genannten Fall dem Schuldner[19].

[16] Hasse § 57. 74, Mommsen a. a. O. S. 390, Windscheid a. a. O. S. 283; Weber Verbindlichkeit zur Beweisführ. Nr. VI § 21—25, H. Gerber Beitr. zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast S. 68—80, Maxen über Beweislast 2c. S. 179—190, Sintenis II S. 340—343, Wächter I S. 457 fg. Württ. Privatr. II § 113, Goldschmidt Zeitschr. f. HR. III S. 82. XVI 321 fg. Seuff. Arch. I. 338 (VII. 31), I. 168, IV. 113. 114, V. 306, VII. 225. 310, X. 41, XI. 237, XIII. 225. 251, XV. 221, XVIII. 58, XXV. 184, XXVI. 189, XXX. 137, XXXII. 192 (vgl. auch 193), XXXVI. 111, XXXIX. 204 (RG.).

[17] Die Sache liegt processualisch so. Der Kläger beruft sich auf sein Forderungsrecht und weist die Entstehung desselben nach. Der Beklagte setzt entgegen, daß dieses Forderungsrecht durch die eingetretene Unmöglichkeit der Leistung untergegangen sei. Aber nicht jede irgendwie eingetretene Unmöglichkeit der Leistung hebt das Forderungsrecht auf, daher muß der Beklagte behaupten und darthun, daß die Unmöglichkeit in der erforderlichen Weise eingetreten sei. Er muß diesen Beweis auch dann führen, wenn er bloß wegen Arglist haftet; die Behauptung, daß der Gläubiger das Dasein der Arglist des Schuldners erweisen müsse, läßt sich nicht rechtfertigen. Auf l. 18 § 1 D. de prob. 22. 3 darf man sich nicht berufen; denn der Kläger braucht die Arglist des Gegners nicht zu behaupten. Vgl. auch l. 1 § 16 D. dep. 16. 3 und Wächter a. a. OO. (aber auch Hartmann die Obligation S. 246 fg.). Die Beweispflicht des Beklagten, welcher auch wegen Nachlässigkeit haftet, ist anerkannt in l. 9 § 4 D. de loc. 19. 2, l. 5 C. de pign. act. 4. 24.

[18] Die Art und Weise des Verhaltens eines ordentlichen Mannes bildet nicht den Gegenstand des Beweises der Parteien; sie gehört zum Recht, welches der Richter wissen muß.

[19] In beiden Fällen wird vorausgesetzt, daß aus den feststehenden Umständen sich Nachlässigkeit ergebe; denn ergibt sich aus denselben Arglist, so ist der Schuldner ohne Weiteres zu verurtheilen, ergibt sich aus denselben Abwesenheit aller Nachlässigkeit, so ist er ohne Weiteres freizusprechen. Im ersten Falle nun ist die Nachlässigkeit an und für sich Befreiungsgrund, und nur dann Befreiungsgrund nicht, wenn sie größer ist, als die gewöhnliche des Schuldners. Im zweiten Fall ist die Nachlässigkeit an und für sich Befreiungsgrund nicht, Befreiungsgrund nur dann, wenn die gewöhnliche des Schuldners gleich groß ist. — Die richtige Unterscheidung zwischen den unter Ziff. 3 und 5 bezeichneten Fällen ist ohne Zweifel der schwierigste Punkt in der Lehre von der culpa. In anderer Weise stellt die Unterscheidung Mommsen (s. darüber Note 10), während Brinz in der 1. Aufl. S. 593 nach dem Vorgang des Donellus den Unterschied ganz leugnet, anders aber jetzt 2. Aufl. II S. 259 fg.

D. Zahlungsunfähigkeit und Concurs.

1. Zahlungsunfähigkeit.

§ 266.

Daß das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung des Gläubigers nicht ausreicht, hat auf den rechtlichen Bestand der Forderung keinen Einfluß[1]; der Schuldner muß, was er jetzt nicht zu leisten vermag, nachleisten, sobald er zu neuem Vermögen gelangt ist.

Durch freiwillige Abtretung seines Vermögens an den oder die Gläubiger[2] erlangte der zahlungsunfähige Schuldner nach bisherigem Recht gewisse Vortheile[3], vorausgesetzt, daß er ohne seine Schuld in Vermögensverfall gerathen war[4]. Diese Vortheile sind durch die neueste Reichsgesetzgebung aufgehoben worden[5].

Rechtswohlthat des Nothbedarfs*.

§ 267.

Nicht in allen Fällen ist der Gläubiger befugt, das ganze Vermögen des Schuldners zu seiner Befriedigung wegzunehmen; in ge-

---

§ 266. [1] Martial (II. 3) spottet:

Sexte, nihil debes; nil debes, Sexte, fatemur.
Debet enim, si quis solvere, Sexte, potest.

[2] Cessio bonorum. D. 42. 3 de cessione bonorum. Cod. 7. 71 qui bonis cedere posunt. Unterholzner I § 175, Sintenis II § 159—160, Holzschuher III § 232 Nr. 1—3.

[3] Freiheit von Ehrenminderung, wo sie particularrechtlich noch bestand (römisches Recht: l. 8 C. h. t., l. 11 C. ex quib. caus. inf. 2. 11 [12]) und Rechtswohlthat des Nothbedarfs in Betreff des später erworbenen Vermögens (§ 267 Note 13). Früher auch Freiheit von persönlicher Haft (l. 1. 8 C. h. t.), wo sie particularrechtlich noch bestand; die persönliche Haft ist aber als Executionsmittel (zur Erzwingung der Zahlung einer Geldsumme oder der Leistung einer Quantität vertretbarer Sachen) bereits durch das Reichsgesetz vom 29. Mai 1868 aufgehoben worden.

[4] Diese Beschränkung ist ausdrücklich anerkannt in l. 1 C. Th. qui bonis 4. 20, während sie in der Justinianischen Compilation nicht erwähnt wird. Aber daß sie in derselben vorausgesetzt werde, läßt sich mit Fug nicht bezweifeln. S. l. 8 pr. C. h. t. und Bethmann-Hollweg Handb. d. Civilpr. I S. 345, Wetzell a. a. O. Note 47. Vgl. auch die Fortsetzung des Reichsabschieds-Anfangs von 1671 Nr. 10 (Emminghaus S. 513). A. M. Holzschuher a. a. O. Nr. 1. Seuff. Arch. XIV. 88, XIX. 207.

[5] Einführungsgesetz zur Reichsconcursordnung § 4. „Aufgehoben werden die Bestimmungen der Landesgesetze über . . . die Rechtswohlthat der Güterabtretung . .".

* Holtius in der Bibliothèque du Jurisconsulte et du Publiciste I p. 389—405 (1826), wiederholt in dessen Abhandlungen, übersetzt von Sutro, Nr. 5. Francke Arch. f. civ. Pr. XXIII S. 387 fg. (1840). Sintenis Zeitschr. f. Civ.

wissen Fällen genießt der Schuldner die Rechtswohlthat, zurückbehalten zu dürfen, wie viel er zur Nothdurft des Lebens bedarf[1]. Diese Rechtswohlthat steht zu[2]:

1) Soldaten gegen alle Forderungen[3];

2) Ascendenten gegen die Forderungen ihrer Descendenten[4];

3) dem Ehegatten gegen die Forderungen des anderen Ehegatten[5]

---

u. Pr. XV S. 312 fg. (1841). [Altmann das beneficium competentiae ꝛc. Berl. Inaug.-Dissert. (1888).] Unterholzner I § 181—182, Sintenis II S. 160—166, Vangerow I § 174 Anm. 1 u. 2, Holzschuher III § 231. Daß die römischen Bestimmungen durch die Reichscivilprozeßordnung ihre Geltung verloren haben, behauptet Dernburg Preuß. Privatr. II § 110 Note 5 [ebenso Pand. II § 57 a. E., ferner Wendt § 179]; dagegen Mandry S. 424 (3. Aufl. S. 373), [Kohler Grünhut's Zeitschr. XIV S. 23, Altmann S. 84 fg.]

[1] Die bei den Neueren hergebrachte Bezeichnung für diese Rechtswohlthat ist „beneficium competentiae". Die Quellen bezeichnen sie als Rechtswohlthat der Verurtheilung in id quod facere debitor potest, quatenus facere debitor potest. Mit diesem Ausdrucke soll zunächst nichts Anderes bezeichnet werden, als daß der Schuldner nur auf den Betrag seines Vermögens verurtheilt werden dürfe, vgl. namentlich l. 82 D. ad leg. Falc. 35. 2, § 37 I. de act. 4. 6, l. 49 D. de pactis 2. 14, l. 21 D. de re iud. 42. 1, auch Theoph. IV. 6 § 37. Für die Römer lag eine Wohlthat hierin insofern, als der Schuldner, weil er nicht zahlungsunfähig gemacht werden konnte, auch den Nachtheilen der Zahlungsunfähigkeit nicht verfiel. Eine liberalere Interpretation hat aber später (dieses „später" leugnet Unterholzner § 181. d, vgl. Brinz 2. Aufl. II § 286 Note 17) das facere posse von einem Leistenkönnen ohne Mangel verstanden (l. 19 § 1 D. de re iud. 42. 1, l. 173 pr. D. de R. I. 50. 17). Dadurch ist der ursprüngliche Inhalt der Rechtswohlthat überholt und überflüssig gemacht worden. — Andere nehmen auch für das neueste Recht noch einen doppelten Inhalt der Rechtswohlthat an. Dieselbe gebe: 1) dem Urtheile gegenüber die Befugniß, zu verlangen, daß man nicht über den Betrag des Vermögens verurtheilt werde; 2) der Execution gegenüber die Befugniß, zu verlangen, daß Einem der Nothbedarf gelassen werde. Dagegen spricht l. 173 pr. D. de R. I. 50. 17 („in condemnatione . . . non totum . . extorquendum est"). S. namentlich Francke S. 388—397, Vangerow Anm. 1; auch Arndts § 225 Note 2. Vgl. übrigens auch unten § 268 Note 5. [Altmann S. 8—27.] — Vgl. Seuff. Arch. XXIII. 204: das beneficium competentiae gehört nicht dem Proceßrecht an, daher gilt für dasselbe nicht das Recht des Klageortes. § 267.

[2] Im Folgenden sind nur die Fälle genannt, in welchen die Rechtswohlthat nach gesetzlicher Regel zusteht; daß sie auch durch Vertrag begründet werden kann, versteht sich von selbst. S. l. 49 D. de pactis 2. 14.

[3] L. 6 pr. l. 18 D. de re iud. 42. 1. Vgl. Holzschuher a. a. O. Nr. 4.

[4] § 38 I. de act. 4. 6, l. 54 D. sol. matr. 24. 3, l. 16 D. de re iud. 42. 1. Seuff. Arch. XXXIII. 206.

[5] L. 20 D. de re iud. 42. 1. Die Behauptung, daß die Rechtswohlthat auch nach Beendigung der Ehe in Betreff der aus der Zeit der Ehe herrührenden Forderungen fortdauere (Vangerow Anm. 2 Nr. 2), läßt sich nicht rechtfertigen. Ein Grund dafür läßt sich auch nicht daraus entnehmen, daß dem Manne die Rechtswohlthat gegen den Dotalanspruch zusteht (Ziff. 8); denn dieser Anspruch rührt nicht bloß aus der Zeit der Ehe her, sondern hat auch seinen Grund in der Ehe. Vgl. l. 52 D. de re iud. 42. 1.

— dem Ehemann auch gegen die Forderung aus der Beerdigung der Ehefrau[6];

4) Personen, welche erst kürzlich aus der väterlichen Gewalt ausgetreten sind, ohne dabei einen beträchtlichen Theil des väterlichen Vermögens erhalten zu haben, gegen die aus der Zeit der väterlichen Gewalt herrührenden Forderungen, mit Ausnahme der Delictsforderungen[7];

5) dem Gesellschafter gegen die Gesellschaftsforderung[8];

6) dem Schenker gegen die Schenkungsforderung[9];

7) dem gewesenen Ehemann, seinen Kindern aus derselben Ehe und seinem Vater, gegen die gesetzliche Forderung auf Herausgabe der Dos[10];

8) der Ehefrau[11] und dem Schwiegervater gegen die Forderung auf Leistung einer versprochenen Dos, jedoch dem Schwiegervater unbedingt nur dann, wenn er während bestehender Ehe belangt wird[12].[13]

---

[6] L. 27 § 2 l. 28 D. de rel. 11. 7. A. M. Puchta § 245. aa.

[7] L. 2—7 D. quod cum eo 14. 5, l. 37 § 2 D. de adm. et per. 26. 7, l. 49 D. de re iud. 42. 1. Unterholzner § 181. q, Vangerow Anm. 2 Nr. 9, Dietzel SC. Macedonianum S. 13—16, Mandry das gemeine Familiengüterrecht I S. 417. [Altmann S. 27 fg.]

[8] Der § 38 I. de act. 4. 6 gibt die Rechtswohlthat dem Gesellschafter überhaupt, l. 63 pr. D. pro socio 17. 2 ausdrücklich auch dem „socius unius rei", während l. 16 D. de re iud. 42. 1 sie auf den „socius omnium bonorum" beschränkt. Ich glaube nicht, daß der Widerspruch der zuletzt genannten Stellen zu beseitigen ist; ich nehme daher an, daß sie sich gegenseitig aufheben, und nur die allgemeine Verfügung des § 38 cit. übrig bleibt. Ueber die verschiedenen Ansichten s. Glück XV S. 426 fg., Gans Arch. f. civ. Pr. II S. 242 fg., Gensler das. II S. 247 fg., Neustetel das. II S. 343, Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV S. 257 fg., Fritz Erläut. II S. 118—120, Unterholzner I § 181. o, Vangerow a. a. O. Anm. 2 Nr. 7, Holzschuher a. a. O. Nr. 1. Der neueste Vereinigungsversuch ist von Reuter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XXI S. 1 fg. (1864). [Dernburg II § 57 Note 13, Altmann S. 31 fg.]

[9] L. 33 D. de I. D. 23. 3, l. 33 pr. D. de don. 39. 5, l. 19 § 1 D. de re iud. 42. 1.

[10] § 37 I. de act. 4. 6, l. 12 l. 14 pr. l. 15 § 2 l. 16. 17 § 2 l. 18 pr. D. sol. matr. 24. 3, l. 21 D. de re iud. 42. 1, l. un § 7 C. de rei ux. act. 5. 13. Daß die Rechtswohlthat nicht bloß der Frau, sondern auch ihren Erben gegenüber zusteht, folgt aus der zuletzt genannten Stelle, und sagt ausdrücklich l. 27 D. sol. matr. 24. 3. — Ohne allen Zweifel ist dem Manne die Rechtswohlthat auch gegen jede andere ihn nach heutigem Particularrechte in seiner Eigenschaft als Ehemann treffende Verpflichtung zur Herausgabe von Vermögen zuzugestehen. Vgl. l. 52 D. de re iud. 42. 1.

[11] Gewiß während bestehender Ehe, nach der allgemeinen Regel in Ziff. 4; aber auch nach aufgelöster Ehe, nach dem allgemeinen Ausspruch der l. 17 § 1 D. sol. matr. 24. 3.

[12] L. 17 pr. D. sol. matr. 24. 3, l. 21. 22 pr. D. de re iud. 42. 1, l. 84 D. de I. D. 23. 3. L. 84 cit.: — „si diremto matrimonio petitur, ex causa

§ 268.

Derjenige, welchem diese Rechtswohlthat zusteht, kann verlangen, daß ihm das zum Leben, nicht aber, daß ihm das zum standesmäßigen Leben Erforderliche gelassen werde[1]. Dabei kann er anderweitige Schulden, welche er hat, nicht in Abzug bringen, mit Ausnahme des Schenkers[2]. Gesehen wird auf den Zustand des Vermögens zur Zeit,

---

et persona id tribuendum puto. Quid enim, si socer specie futurae dotis induxerit generum, et cum sciret, se praestare dotem non posse, id egerit, ut genero insidiaretur"? — Auch dem extraneus promissor gibt die Rechtswohlthat l. 33 D. de I. D. 23. 3, während sie ihm ausdrücklich abgesprochen wird in l. 84 eod., l. 41 pr. D. de re iud. 42. 1. Bei dem Widerspruch dieser Stellen muß man sagen, daß für diese Ausdehnung der Rechtswohlthat kein Zeugniß vorliege. Ueber Vereinigungsversuche s. v. Meyerfeld Rhein. Mus. VII S. 111 fg., Sintenis I § 91 Anm. 67, Vangerow a. a. O. Anm. 2 Nr. 3, v. Salpius Novation und Delegation S. 111, Bechmann Dotalrecht II S. 85, Czyhlarz Dotalrecht S. 111 fg. [Altmann S. 37 fg.]

[13] Ohne Grund ist, besonders in früherer Zeit, behauptet worden, daß die Rechtswohlthat noch in einer Reihe von anderen Fällen außer den hier genannten begründet sei, so namentlich zu Gunsten der Descendenten, zu Gunsten der Geschwister (wegen l. 63 D. pro soc. 17. 2), zu Gunsten des Schwiegervaters (wegen l. 16 D. sol. matr. 24. 3), ex iure tertii (wenn der Schuldner aus den Mitteln eines Dritten lebt). Vgl. über diese und andere Fälle Vangerow a. a. O. Anm. 2 Nr. 1. 3 und S. 294—296, Holzschuher a. a. O. Nr. 3 und S. 232 Note *. S. auch Fitting das castrense peculium S. 160 Note 23. Gegen das benef. competentiae der Descendenten Seuff. Arch. XXXII. 27. [Altmann S. 53 fg.] — Dagegen ist für das frühere Recht noch hinzuzufügen der Fall der jetzt durch das Einführungsgesetz zur Reichsconcursordnung § 4 aufgehobenen Güterabtretung (§ 266). KO. § 152. S. übrigens auch Brinz 2. Aufl. II § 286 Note 11. Nach dem Recht vor der Reichsconcursordnung stand Personen, welche ihren Gläubigern ihr Vermögen freiwillig abgetreten hatten, in Betreff des neu erworbenen Vermögens die Rechtswohlthat des Nothbedarfs gegen die aus der Zeit vor der Güterabtretung herrührenden Forderungen zu, § 40 I. de act. 4. 6, l. 4 pr. l. 6. 7 D. de cess. bon. 42. 3, l. 3 C. de bon. auct. iud. 7. 72. Ueber Controversen in Betreff dieses Punktes s. die früheren Auflagen dieses Lehrbuchs bis zur vierten. Seuff. Arch. XXXIV. 103, XXXVIII. 336. Entscheid. des RG. VI S. 147.

[1] — „ne egeant", l. 173 D. de R. I. 50. 17: ebenso l. 19 § 1 D. de re iud. 42. 1. L. 30 eod.: — „ita ut . . . aliquid sufficiens relinquatur". L. 6 D. de cess. bon. 42. 3: — „unde ergo modum hunc aestimabimus, utrum ex quantitate eius quod acquisitum est, an ex qualitate? Et putem, ex quantitate id aestimandum esse . .". L. 7 eod., l. 3 C. de bon. auct. iud. 7. 72. Holzschuher a. a. O. Nr. 5. Es ist keiner Frage unterworfen, daß der Nothbedarf des Schuldners sich auch auf die Bedürfnisse seiner Frau und seiner Kinder erstrecke. Für standesmäßigen Unterhalt das Urtheil des OAG. zu Rostock bei Buchka und Budde Entscheidungen IV S. 95. Brinz 2. Aufl. II S. 412: „zwar nicht nach standesmäßigem Auskommen, aber doch nicht ohne Rücksicht auf die Person und Lebensgewohnheit des Schuldners". [So auch Seuff. Arch. XLII. 105.] § 268.

[2] L. 53. 54 D. sol. matr. 24. 3, l. 12 D. de don. 39. 5, l. 16 l. 19 pr. l. 49. 50 D. de re iud. 42. 1. L. 3 D. quod cum eo 14. 5 entscheidet nicht

wo die Rechtswohlthat in Anspruch genommen wird[3], und mitgerechnet wird, was der Schuldner arglistigerweise aus seinem Vermögen verbracht hat[4]. — Geltend gemacht wird die Rechtswohlthat durch Einrede gegen die Forderung des Gläubigers[4a], welche Einrede nach römischem Recht aber nicht bloß im Laufe des Processes[5], sondern auch noch in der Executionsinstanz vorgebracht werden kann[6]; das Letztere fällt nach der Reichscivilprozeßordnung weg[6a]. Das einmal Geleistete kann nicht mehr zurückgefordert werden[7]. — Die Rechtswohlthat ist höchst persönlicher Natur, und geht weder auf die Erben über, noch kann sie von dem Bürgen oder von anderen Personen, welche für den Schuldner haften, geltend gemacht werden[8]. — Sie fällt weg gegenüber Delictsansprüchen, und wenn den Schuldner der Vorwurf der Arglist trifft[9]. Verzicht auf dieselbe ist nur insofern

die Frage des Abzugs, obgleich sie diese Frage aufwirft, sondern die Frage, welchem von mehreren gleichzeitig auftretenden Gläubigern der Vorzug zu geben sei. Wenigstens ist im Zusammenhang der Compilation diese Erklärung gegenüber l. 49 D. de re iud. 42. 1 nothwendig. A. M. Unterholzner S. 388, Mandry das gem. Familiengüterrecht I S. 429, welche auf die l. 3 cit. noch eine fernere Ausnahme für den Fall der Vermögensabtretung gründen. Vgl. noch Holzschuher a. a. O. Nr. 9. Seuff. Arch. XL. 189.

[3] Also auf die Zeit des Urtheils, wenn die Rechtswohlthat dem Urtheil, auf die Zeit der Execution, wenn sie der Execution gegenüber in Anspruch genommen wird. Nur von der Zeit des Urtheils sprechen l. 63 § 6 D. pro soc. 17. 2, l. 15 pr. D. sol. matr. 24. 3.

[4] L. 18 § 1 D. sol. matr. 24. 3, l. 63 pr. § 7 D. pro soc. 17. 2, l. 68 § 1 eod., l. 51 pr. D. de re iud. 42. 1.

[4a] Nicht durch Replik gegen die Gegenforderung: Seuff. Arch. XII. 111, XIX. 288.

[5] Die Berufung auf die Rechtswohlthat der Klage gegenüber wird exceptio genannt in l. 63 § 2 D. pro socio 17. 2, l. 17 § 1 D. sol. matr. 24. 3, l. 41 pr. D. de re iud. 42. 1, l. 7 pr. D. de exc. 44. 1, l. 33 D. de nov. 46. 2. Vgl. l. 22 pr. D. de exc. 44. 1. „Exceptio est condicio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem". Vgl. Keller röm. Civilpr. S. 143—145 (6. Aufl. S. 179), A. Schmid Cession II S. 36 fg., Voigt ius naturale etc. III S. 1025 Note 1599. [Altmann S. 10 fg.]

[6] L. 17 § 2 D. sol. matr. 24. 3, l. 33 pr. D. de don. 39. 5, l. 41 § 2 D. de re iud. 42. 1. Seuff. Arch. I. 395, XXXIII. 206. 207.

[6a] Vorausgesetzt, daß der Vermögensverfall nicht erst nach dem Urtheil eingetreten ist. CPO. § 686. Mandry S. 311 (3. Aufl. S. 276). [Altmann S. 93; a. M. Dernburg II § 57 Note 8.]

[7] L. 8. 9 D. de cond. ind. 12. 6.

[8] L. 63 § 1. 2 D. pro socio 17. 2, l. 23—25 l. 41 pr. D. de re iud. 42. 1, l. 7 pr. D. de exc. 44. 1, l. 4 § 3 D. quod cum eo 14. 5, l. 12. 13. 14 pr. l. 15 § 1 D. sol. matr. 24. 3, § 4 I. de repl. 4. 14. Holzschuher a. a. O. Nr. 7.

[9] L. 4 § 1. 2 D. quod cum eo 14. 5, l. 10 l. 22 § 1 l. 52 D. de re iud. 42. 1, l. 21 § 6 D. de act. rer. am. 25. 2, l. un. § 7 C. de rei ux. act. 5. 13. Vgl. auch noch Holzschuher a. a. O. Nr. 6.

wirksam, als nicht eine sittliche Pflicht zur Schonung des Schuldners besteht[10]. — Es versteht sich von selbst, daß, wenn der Schuldner neues Vermögen erwirbt, er nachleisten muß, was er schuldig geblieben ist[11].

2. Concurs.

§ 269.

Wenn der zahlungsunfähige Schuldner mehrere Gläubiger hat, so bleibt es jedem derselben überlassen, sich Befriedigung zu verschaffen, wie er kann; der Ausfall trifft also denjenigen, welcher sich zu einer Zeit meldet, wo kein Vermögen vorhanden ist[1]. Dieses Verhältniß ändert sich aber, sobald über das Vermögen des Schuldners Concurs eröffnet ist, was durch eine gerichtliche Verfügung geschieht[2]. Die Bedeutung des Concurses ist, daß das Vermögen des Schuldners durch richterliche Autorität unter die einzelnen sich meldenden Gläubiger vertheilt wird, und in anderer Weise kein Gläubiger zu seiner Befriedigung gelangen kann[3]. Die für den Concurs maßgebenden pro-

---

[10] Eine solche sittliche Pflicht besteht namentlich zwischen Ehegatten, und hier ist die Ungültigkeit des Verzichtes ausdrücklich anerkannt (l. 14 § 1 D. sol. matr. 24. 3). Aber sie besteht in gleicher Weise auch zwischen Ascendenten und Descendenten. Den Verzicht hält in allen Fällen für unverbindlich Sintenis a. a. O. S. 318—320.

[11] L. 8 C. sol. matr. 5. 18. Die Rechtswohlthat afficirt nicht den rechtlichen Bestand des Forderungsrechtes, sondern schiebt nur die Vollstreckbarkeit desselben oder die volle Vollstreckbarkeit einstweilen hinaus. Vgl. l. 47 § 2 D. de pec. 15. 1: — „socius universum debet". Deßwegen darf man auch nicht die Verbindlichkeit des Schuldners dieser Rechtswohlthat gegenüber eine bloß natürliche Verbindlichkeit nennen. Savigny Oblig. I S. 105, Erxleben condictiones sine causa I S. 110. 111, Brinz 2. Aufl. II S. 54. [Seuff. Arch. XLIII. 193 (RG.): Zahlung mit Verzicht auf das benef. comp. ist nicht Schenkung.] — Im älteren römischen Recht stellte der Nachforderung die processualische Consumtion Schwierigkeit entgegen. Ein Mittel, dieser Schwierigkeit zu begegnen, war ein von dem Schuldner zu leistendes Versprechen; davon noch l. 47 § 2 D. de pec. 15. 1, l. 63 § 4 D. pro soc. 17. 2, l. un. § 7 C. de rei ux. act. 5. 13. S. aber auch l. 8 C. sol. matr. 5. 18. Vgl. Francke a. a. O. S. 414—427, Sintenis a. a. O. S. 327 fg.

[1] L. 6 § 6. 7 (Note 3) l. 10 § 16 l. 24 D. quae in fraud. cred. 42. 8. § 269.

[2] KO. § 94 fg. — Nach römischem Recht traten die Wirkungen des Concurses ein, sobald einer der Gläubiger zum Zweck der Execution missio in possessionem bonorum verlangt hatte, l. 6 § 7 D. quae in fraud. cred. (Note 3).

[3] L. 6 § 7 D. quae in fraud. cred. 42. 8. „Sciendum, Iulianum scribere, eoque iure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit. Qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum iam par condicio omnium creditorum facta esset".

cessualischen Grundsätze gehören nicht hierher. Hierher gehören nur diejenigen Grundsätze, nach welchen das Vermögen des Schuldners unter die einzelnen Gläubiger vertheilt wird. Für dieselben bildet aber gegenwärtig, in gleicher Weise wie für die processualischen Grundsätze, das gemeine Recht Deutschlands nicht mehr das Pandektenrecht[4], sondern die Reichsconcursordnung vom 10. Februar 1877. Doch ist das Pandektenrecht im Folgenden noch dargestellt (§ 270—272); eine Uebersicht über die Bestimmungen der Reichsconcursordnung enthält § 272a.

§ 270.

Nach Pandektenrecht ist der oberste der für die Befriedigung der Gläubiger im Concurse maßgebenden Grundsätze, daß alle Gläubiger sich gleichstehen, jeder also nach Verhältniß seiner Forderung befriedigt wird[1]. Dieser Grundsatz erleidet aber Ausnahmen. Ein Vorzugsrecht unter den einzelnen Gläubigern kann begründet werden:

1) durch ein Pfandrecht, mit welchem eine Forderung versehen ist[2], wobei natürlich die privilegirten Pfandrechte (I § 246) den nicht privilegirten vorgehen[3];

2) durch eine gesetzliche Vorschrift, welche einer Forderung ein Vorzugsrecht im Concurse einräumt (Concursprivilegium)[4]. Von den Concursprivilegien näher im folgenden §.

---

[4] Dig. 42. 5 de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis. Cod. 7. 72 de bonis auctoritate iudicis possidendis seu venumdandis. Gmelin die Ordnung der Gläubiger bei Gantprocessen (5. Aufl. 1813). Dabelow ausführliche Erläuterung der Lehre vom Concurse der Gläubiger Kap. 21 (2. Aufl. 1801). Kori System des Concursprocesses Buch 2 (2. Aufl. 1828). Schweppe das System des Concurses der Gläubiger § 67—80 (3. Aufl. 1829). v. Bayer Theorie des Concursprocesses (4. Aufl. 1850). (Diese Schriften, mit Ausnahme der von Gmelin, enthalten auch eine Darstellung des Processes). Unterholzner I § 183—185, Vangerow III § 592—594, Sintenis II S. 222—228, Holzschuher III § 232 Nr. 4—13.

§ 270. [1] L. 6 C. h. t.

[2] Der Gläubiger, welcher ein Pfandrecht für seine Forderung nicht hat, wird in den Quellen chirographarius creditor genannt, s. l. 10 C. qui pot. 8. 17 [18] und die in der vorigen Note citirte Stelle; vgl. auch l. 4 C. h. t., l. 38 § 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5. — Es versteht sich von selbst, daß das Vorzugsrecht der Pfandforderung nicht über das Pfandobject hinausreicht. — Nach römischem Recht brauchten die Pfandgläubiger gar nicht in den Concurs einzutreten, l. 6. 10 C. h. t. Bayer § 10. Vgl. § 272a Note 4.

[3] Es wird dieß hier nur deßwegen hervorgehoben, weil es hergebracht ist, aus den Pfandforderungen, je nachdem sie ein Privilegium haben oder nicht, zwei Concursclassen (die zweite und dritte, über die erste s. § 271 Note 16) zu bilden.

[4] Die Quellen bezeichnen das Concursprivilegium als privilegium exigendi. L. 24 § 1 D. h. t., l. 1 l. 25 D. de R. C. 12. 1, l. 1 D. de cess. bon. 42. 3.

Der Satz, daß es auch Forderungen gebe, welche anderen Forderungen nachstehen, nämlich die Strafforderungen, läßt sich aus den Quellen nicht begründen[5].

§ 271.

Die Concursprivilegien haben ihren Grund entweder in einer Eigenschaft des Gläubigers, oder in einer Eigenschaft des Forderungsrechts; die letzten (Ziff. 6—10) gehen auf die Erben und sonstigen Rechtsnachfolger über, nicht die ersten (Ziff. 1—5)[1]. Im Einzelnen steht ein Concursprivilegium zu[2]:

1) dem Fiscus[3];

2) dem Landesherrn und seiner Gemahlin[4];

3) den Stadtgemeinden[5];

— allen diesen Personen jedoch mit Ausnahme ihrer Strafforderungen[6];

In l. 52 § 10 D. pro soc. 17. 2 heißt es: exigendo privilegio utetur". A. M. G. M. Asher disquisitiones historicae (Heidelbergae 1855) p. 17 sq., welcher glaubt, daß mit dem Ausdruck privilegium exigendi ein gesetzliches Pfandrecht bezeichnet werde. Seine Ausführung ist nicht überzeugend. — Die Forderungen, welche mit einem Concursprivilegium versehen sind, machen die vierte, die gewöhnlichen chirographarischen Forderungen die fünfte Concursclasse aus.

[5] Diesen Satz stellen z. B. Puchta § 248 Nr. 1 und Arndts § 227 Anm. 1 auf. Aber obschon es gerechtfertigt ist, aus l. un. C. poen. fiscal. 10. 7, wenngleich diese Stelle zunächst nur von fiscalischen Strafforderungen handelt, eine allgemeine Regel für alle Strafforderungen herzuleiten, so wird doch der Inhalt dieser Regel: poenae exactio postponitur (vgl. auch l. 17. D. de I. F. 49. 14) in l. 37 D. de I. F. so bestimmt dahin interpretirt, daß unter dem postponi ein non anteponi zu verstehen sei, daß in der That nichts Anderes übrig bleibt, als den bezeichneten Satz aufzugeben. In letzter Linie müßte jedenfalls gesagt werden, daß bei dem Widerspruch der genannten Stellen kein Zeugniß für denselben vorliege. Vgl. auch Unterholzner § 183. o, Vangerow § 594 Anm. Nr. I. 1.

[1] L. 68 l. 196 D. de R. I. 50. 17 (I § 29 Note 5), l. 19 § 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. un. C. de priv. dotis 7. 74, l. 42 D. de adm. et per. 26. 7. § 271.

[2] In manchen Fällen concurrirt mit dem Concursprivilegium ein gesetzliches Pfandrecht. Dieß erklärt sich daraus, daß zuerst das Concursprivilegium eingeführt worden ist, später das gesetzliche Pfandrecht. Das gesetzliche Pfandrecht geht aber nicht immer ebensoweit, wie das Concursprivilegium, s. Ziff. 4. 5. — Derjenige, welcher Geld zur Abfindung eines privilegirten Gläubigers gegeben hat, tritt in Betreff des Concursprivilegiums an dessen Stelle, l. 24 § 3 D. h. t., l. 2 D. de cess. bon. 42. 3. Vgl. I § 233b Note 16.

[3] L. 10 pr. D. de pactis 2. 14, l. 34 D. h. t., l. 6 pr. D. de I. F. 49. 14, Paul. sentent. V. 12 § 10.

[4] L. 6 § 1 D. de I. F. 49. 14.

[5] L. 38 § 1 D. h. t. Sintenis II § 94 Note 12.

[6] S. § 270 Note 5. Die Praxis stellt vielfach den Stadtgemeinden Kirchen, und wohl alle Corporationen gleich. Sintenis § 94 Note 13. Gmelin weiß davon nichts, vgl. S. 213. 276.

4) der Ehefrau und ihren Kindern, auch der putativen Ehefrau und der Braut, für ihre Dotalforderung[7];

5) dem Bevormundeten für seine Forderung aus der Verwaltung seines Vermögens gegen wahre und falsche Vormünder, sowie gegen bloße Geschäftsführer[8];

6) der Forderung aus einem Darlehn zum Zweck der Wiederherstellung eines Gebäudes, des Ankaufs, der Erbauung oder Ausrüstung eines Schiffes, sowie der Forderung aus dem Verkaufe eines Schiffes[9];

7) der Forderung auf verhältnißmäßigen Ersatz der auf ein gemeinschaftliches Gebäude verwendeten Reparaturkosten[10];

8) der Forderung auf Erstattung von Geld, welches bei einem Banquier unverzinslich hinterlegt worden ist[11] — nach einer häufigen Praxis der Forderung aus jeder Hinterlegung[12];

9) der Forderung auf Erstattung dessen, was auf die Beerdigung des Schuldners oder eines Andern, welchen dieser zu beerdigen verpflichtet war, verwendet worden ist[13]; endlich nach der Praxis

10) den durch die letzte Krankheit des Schuldners entstandenen Forderungen, sowie der Forderung auf rückständigen Gesindelohn[14].

Vor den Pfandrechten geben die Concursprivilegien nach römischem Rechte keinen Vorzug[15]. Die Praxis aber hat einige der-

---

[7] L. un. C. de priv. dotis 7. 74, l. 22 § ult. D. sol. matr. 24. 3, l. 17 § 1 l. 18 l. 19 pr. D. h. t., l. 74 D. de I. D. 23. 3. Vgl. l. 12 C. qui pot. 8. [17] 18. Der Uebergang auf die Kinder rechtfertigt sich aus l. 12 cit. § 1 und Nov. 91 pr. c. 1. Daß kein Uebergang auf die Erben stattfindet, sagt ausdrücklich l. un. cit.

[8] L. 19 § 1 — l. 23 D. h. t., l. 9 § 1 l. 42 l. 44 § 1 D. de adm. et per. 26. 7. Kein Uebergang auf Erben und andere Rechtsnachfolger: l. 19 § 1 cit., l. 42 cit. Kein Privilegium gegen den curator bonorum: l. 22 § 1 l. 24 D. h. t. (§ 447 Note 10).

[9] L. 24 § 1 l. 26 l. 34 D. h. t., l. 25 D. de R. C. 12. 1, l. 1 D. de cess. bon. 42. 3.

[10] L. 52 § 10 D. pro socio 17. 2.

[11] L. 24 § 2 D. h. t., l. 7 § 2. 3 l. 8 D. dep. 16. 3. Vgl. übrigens Sintenis § 94 Note 31; gegen denselben Fuchs Arch. f. civ. Pr. LXII S. 183 fg.

[12] Gmelin S. 559: „nach einer unbestrittenen Praxis". Unterholzner S. 391, Vangerow § 594 Anm. Nr. II. 5, Fuchs a. a. O.

[13] L. 45 D. de rel. 11. 7, l. 17 pr. D. h. t. Vgl. l. 14 § 3—5 l. 37 D. de rel. Samhaber Zeitschr. für Civ. u. Pr. XIII S. 421 fg., Walther das. N. F. XVII S. 364 fg.

[14] Dabelow S. 596—606, Schweppe § 68, Gmelin § 64. 65. 68, Unterholzner S. 392, Vangerow § 593 Anm. Nr. III. 1. 2. Seuff. Arch. III. 309. X. 329, XII. 257.

[15] L. 9 C. qui pot. 8. 17 [18] (vgl. l. 74 D. de I. D. 23. 3). Scheinbare Ausnahme bei dem Privilegium der Leichenkosten, Paul. sentent. I. 21 § 15,

selben herausgehoben und den Pfandrechten vorgesetzt: das Privilegium der Leichenkosten, die Kosten der letzten Krankheit, des Gesindelohns, der öffentlichen Abgaben[16].

Was das Verhältniß der Concursprivilegien unter sich angeht, so ist die Regel, daß dieselben sich gleich stehen, und namentlich das höhere Alter keinen Vorzug gibt[17]. Davon gelten folgende Ausnahmen.

1. Den übrigen Privilegien geht vor das Privilegium der Leichenkosten[18], der fiscalischen Forderungen[19], und der Forderungen gegen den Banquier, soweit das deponirte Geld noch vorhanden ist[20].

2. Das Privilegium der Dotalforderung geht anderen jüngeren Privilegien vor[21].

3. Das Privilegium der Forderung gegen den Banquier, insoweit das deponirte Geld nicht mehr vorhanden ist, steht allen anderen Privilegien nach[22].

§ 272.

Zu dem Gesagten sind noch folgende Bemerkungen hinzuzufügen.

1. Zu vertheilende Masse ist nur, was übrig bleibt, nachdem: a) die fremden, nur factisch mit dem Vermögen des Schuldners ver-

---

l. 45 D. de rel. 11. 7, l. 14 § 1 D. eod. Vangerow § 594 Anm. S. 249—250 (7. Aufl. S. 222—223).

[16] Die hier genannten Forderungen bilden die erste Concursclasse (§ 270 Note 3. 4). Dabelow S. 596—615, Schweppe § 68, Gmelin § 63—77, Sintenis § 94 Note 30.

[17] L. 32 D. h. t.

[18] S. die in Note 15 citirten Stellen.

[19] L. 34 i. f. D. h. t., Paul. sentent. V 12. § 10.

[20] L. 7 § 2. 3 D. dep. 16. 3. Vgl. Note 22. Zwischen diesen drei Privilegien unter sich einen Unterschied zu machen, läßt sich aus den Quellen nicht rechtfertigen. Gewöhnlich gibt man dem Privilegium der Leichenkosten einen absoluten Vorzug. Aber wenn es auch in l. 45 D. de rel. 11. 7 heißt: „quae etiam omne creditum solet praecedere“, so wird doch in l. 7 § 2 D. dep. 16. 3 in gleicher Weise gesagt: „quoties foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum“, und sodann: „et ante privilegia .... depositariorum ratio habetur“. Was den Fiscus angeht, s. Paul. sentent. V. 12 § 10: „Privilegium fisci est, inter omnes creditores primum locum tenere“. Jedoch ist diese Frage für das Pandektenrecht ohne Bedeutung, da die beiden erstgenannten Forderungen bereits in den früheren Concursclassen zur Befriedigung gelangen.

[21] L. 9 C. de I. D. 5. 12. Die Annahme, daß das Dotalprivilegium nicht bloß jüngeren Privilegien vorgehe, erscheint doch trotz l. 12 pr. C. qui pot. 8 17 [18] zu gewagt. Vgl. Vangerow S. 251—252 (7. Aufl. S. 224—225).

[22] L. 24 § 2 D. h. t. Ueber das Verhältniß dieser Stelle zu der in Note 20 genannten gehen die Meinungen sehr auseinander. Der hier vertretenen (Vangerow'schen) Ansicht macht allerdings Schwierigkeit l. 8 D. dep. 16. 3. Aber

einigten, Vermögensbestandtheile ausgesondert worden sind. Man pflegt die Personen, welche ein Recht auf eine Aussonderung dieser Art haben, Vindicanten[1] zu nennen. Zu den Vindicanten gehören auch diejenigen Berechtigten, denen zwar nur ein Forderungsrecht zusteht, welche aber dasselbe auch in der Form der Erhebung eines Eigenthumsanspruchs geltend zu machen befugt sind[2]. b) Auch nach dieser Aussonderung sind, ehe an die Gläubiger des Schuldners Etwas gelangt, vorher die s. g. Massagläubiger zu befriedigen, d. h. diejenigen, welche von der Masse als solcher etwas zu fordern haben[3].

2. Gewisse Gläubiger haben das Recht, aus einem besonderen Theil des Vermögens des Schuldners Befriedigung mit Ausschluß der übrigen Gläubiger zu verlangen[4], über welchen Theil dann möglicherweise ein besonderer Concurs entstehen kann[5]. Der Hauptfall, welcher hierher gehört, ist der, wo Jemand durch Erbschaft Schuldner geworden ist: in diesem Falle können die Erbschaftsgläubiger[6] Aussonderung der Erbschaft verlangen[7]. —

Eine fernere civilrechtliche Wirkung des Concurses ist, daß der Schuldner das Verfügungsrecht über sein Vermögen verliert[8].

§ 272a*.

Die Reichsconcursordnung geht, wie das Pandektenrecht, davon aus, daß die Concursgläubiger im Verhältniß ihrer Forderungen zu befriedigen sind[1]. Gewissen Forderungen gewährt auch sie ein Pri-

ist es denn nöthig, anzunehmen, daß die Compilatoren durch Anrückung dieser Stelle auch das im Vorhergehenden über den Rang des Privilegiums Gesagte haben aufnehmen wollen? Vgl. Vangerow S. 252—256 (7. Aufl. S. 225—228).

§ 272. [1] Oder Separatisten ex iure dominii. Bayer § 51.

[2] S. I § 174 Note 9 und die dort citirten Quellenzeugnisse und Schriftsteller.

[3] Entweder in Folge eines Rechtsgeschäftes mit der Gläubigerschaft oder aus einem sonstigen Grunde, z. B. aus Reallasten, die während des Concurses erfallen. Bayer § 50. Auch die Concurskosten gehören hierher. Schweppe § 91.

[4] S. g. Separatisten ex iure crediti. Bayer § 21.

[5] S. g. Particularconcurs im Gegensatz zum Universalconcurs.

[6] Zu denen auch die Vermächtnißnehmer gehören. Dig. 42. 6 de separationibus. Cod. 7. 72. Das Nähere im Erbrecht (III § 607). Vgl. noch Holzschuher a. a. O. Nr. 12. 13.

[7] Ueber die anderen Fälle, welche man, mit Recht oder Unrecht, hierher zu stellen pflegt, s. Bayer a. a. O., Dabelow Kap. 12, Schweppe § 148, Gmelin § 57—62. Fritz Arch. f. civ. Pr. XII S. 328 fg. Fitting das castrense peculium S. 162 fg. HGB. Art. 122. 169.

[8] Nach heutigem, nicht nach römischem Recht. L. 9 vgl. l. 10 § 16 D. quae in fraud. cred. 42. 8. Bayer § 23. 24.

* Mandry § 28.

§ 272a. [1] KO. § 54 i. A. und Ziff. 6.

vilegium[2], während sie andere von der Befriedigung im Concurse ausschließt[3]. Ein wesentlicher Gegensatz der Reichsconcursordnung gegen das frühere Recht besteht darin, daß sie die Pfandgläubiger nicht nöthigt, in den Concurs einzutreten; sie gewährt denselben ein Recht auf „Absonderung" der Pfandgegenstände[4]. Den Pfandgläubigern sind andere Gläubiger gleichgestellt[5]. Als Absonderungsberechtigte werden auch die Separatisten (ex iure crediti) des bisherigen Rechts bezeichnet[6]. Die Vindicanten des bisherigen Rechts haben nach dem Sprachgebrauch der Reichsconcursordnung ein Recht auf „Aussonderung"[7]. Die „Massekosten" und „Masseschulden" sind auch nach der Reichsconcursordnung zu berichtigen, ehe die Concursgläubiger etwas erhalten[8]. Nichtig sind alle von dem Schuldner nach Eröffnung des Concurses vorgenommenen Rechtshandlungen, aber nur den Gläubigern gegenüber[9].

E. Zeit der Leistung.

1. Rechte Zeit der Leistung.

§ 273*.

Das Forderungsrecht kann möglicherweise eine Zeitbestimmung in sich tragen, kraft Rechtsvorschrift[1], oder, was gewöhnlicher ist, kraft der das Forderungsrecht begründenden Willenserklärung[2]; möglicher=

---

[2] Es sind im Allgemeinen die höchst privilegirten Forderungen des früheren Rechts, mit Ausnahme der Forderung wegen der Leichenkosten, und mit Hinzufügung der Forderungen der Kirchen, Schulen, öffentlichen Verbände und öffentlichen Feuerversicherungsanstalten und der Kinder und Pflegebefohlenen. KO. § 54. Mandry S. 347—350 (3. Aufl. S. 308—310).

[3] Geldstrafen und Forderungen aus freigebigen Verfügungen, sodann die seit der Eröffnung des Concursverfahrens laufenden Zinsen. KO. § 56. Mandry S. 345 (3. Aufl. S. 305).

[4] KO. § 38. 40, § 3 Abs. 2. Sie weichen daher nicht weder den höchst privilegirten noch den Massegläubigern. Mandry S. 334—338 (3. Aufl. 297—300).

[5] So namentlich Verpächter wegen der eingebrachten Sachen und der Früchte, Vermiether wegen der eingebrachten Sachen. Außerdem die übrigen in § 41 Genannten. Mandry S. 339—342 (3. Aufl. S. 300—303).

[6] KO. § 43—45. Mandry S. 327—334 (3. Aufl. S. 290—297).

[7] KO. § 35—38. Mandry S. 320—327 (3. Aufl. S. 284—290).

[8] KO. § 50—53. Mandry S. 342—343 (3. Aufl. S. 303—304).

[9] KO. § 5. 6. Mandry S. 120 fg. (3. Aufl. S. 99 fg.).

* Unterholzner I § 109—111. 169, Savigny Obl. I § 50, Sintenis II S. 151—154. Vgl. auch Gruchot die Lehre von der Zahlung der Geldschuld (Berlin 1871) S. 130—172.

[1] S. z. B. l. un. § 7 C. de rei ux. act. 5. 13. § 273.

[2] § 2 I. de V. O. 3. 15, § 26 I. de inut. stip. 3. 19, l. 50 D. de O. et A. 44. 7, l. 42 D. de V. O. 45. 1, l. 41 pr. eod., l. 17 § 3 D. de manum.

weise ist es zeitlich unbestimmt. Ist es zeitlich unbestimmt, so ist der Schuldner verpflichtet, die Leistung zu bewirken, sobald der Gläubiger sie fordert [3]; jedoch muß ihm der Gläubiger diejenige Frist gewähren, welche die Leistung ihrer Natur nach nöthig macht [4]. Trägt das Forderungsrecht eine Zeitbestimmung in sich, so ist der Schuldner nicht verpflichtet, die Leistung vor der bestimmten Zeit zu bewirken [5]. Ob er verpflichtet ist, mit dem Herankommen des bestimmten Zeitpunktes die Leistung sofort zu bewirken, oder ob er auch jetzt noch die Anforderung des Gläubigers erwarten darf, hängt von dem Sinn ab, in welchem die Zeitbestimmung getroffen ist [5a].

Eine Leistung, mit deren Einforderung der Gläubiger nicht mehr zu warten braucht, nennt man eine fällige Leistung; man sagt aber auch von dem Forderungsrecht selbst, daß es fällig sei [6].

Eine andere Frage ist, zu welcher Zeit der Schuldner zu leisten berechtigt sei, d. h. zu welcher Zeit er durch Leistung dem Forderungsrechte Genüge thue und daher von dem Gläubiger Annahme der Leistung verlangen könne? Auf diese Frage ist zu antworten: der Schuldner ist regelmäßig zur Leistung berechtigt sogleich nach Entstehung des Forderungsrechts, vorausgesetzt daß die gewählte Zeit keine

---

test. 40. 4, l. 217 § 1 D. de V. S. 50. 16, l. 11 § 6 D. de leg. III° 32. Seuff. Arch. III. 14, IV. 108, XIII. 228; III. 151, VIII. 249, IX. 15, XII. 233, XIV. 121, XV. 7. 218, XVII. 18, XX. 111. 112, XXII. 124, XXIII. 116. 217, XXVII. 105. 213, XXIX. 226. 227, XXX. 127. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I. 41. Blätter für RAnw. XXXIII S. 157 fg. Vgl. auch Seuff. Arch. XV. 191, XVI. 23. 24, XVII. 227, XXXI. 18. Vgl. I § 96. Auch Holzschuher III § 227 Nr. 8. a.

[3] L. 213 pr. D. de V. S. 50. 16, l. 14 D. de R. I. 50. 17, l. 41 § 1 l. 42 D. de V. O. 45. 1. Seuff. Arch. VIII. 240. Ausnahmsweise ist der Schuldner verpflichtet, die Leistung sofort, ohne Aufforderung des Gläubigers, zu bewirken. S. § 278 Ziff. 2 u. 3.

[4] L. 186 D. de R. I. 50. 17, l. 14 l. 41 § 1 l. 60 l. 73 pr. l. 98 § 1 l. 137 § 2. 3 D. de V. O. 45. 1, l. 2 § 6 D. de eo quod certo loco 13. 4, § 5 I. de V. O. 3. 15, § 27 I. de inut. stip. 3. 19. Ueber l. 72 § 2 D. de V. O. s. Unterholzner S. 227, Sintenis § 91 Note 12. Vgl. l. 105 D. de sol. 46. 3; l. 71 § 2 D. de leg. I° 30, l. 21 D. de iud. 5. 1. Besonderes Recht des Constitutum: l. 21 § 1 D. de pec. const. 13. 5. Bruns Zeitschr. für Rechtsgesch. I S. 62. 91.

[5] § 2 I. de V. O. 3. 15, l. 42 D. de V. O. 45. 1, l. 213 pr. D. de V. S. 50. 16. Vgl. I § 96 Note 4. 5.

[5a] S. § 278 Ziff. 1.

[6] Die Quellen sagen: dies venit. L. 213 pr. D. de V. S. 50. 16. Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam: venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies; ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit; ubi sub condicione, neque cessit neque venit dies pendente adhuc condicione".

unpassende ist. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn eine Zeitbestimmung für die Leistung lediglich im Interesse des Gläubigers getroffen worden ist[7].

Interusurium.

§ 274.

Es kann das Bedürfniß entstehen, den gegenwärtigen Werth einer erst künftig fälligen Forderung zu bestimmen[1]. Dieser Werth ist, vorausgesetzt daß das Forderungsrecht sich nicht auf die Nutzungen des Leistungsgegenstandes erstreckt, geringer als der Nominalbetrag der Forderung. Der Hauptfall, welcher hierher gehört, ist der einer künftig fälligen unverzinslichen Geldforderung; die Differenz zwischen dem gegenwärtigen Werth und dem Nominalbetrag einer solchen Forderung pflegt man Interusurium[2] zu nennen (in der kaufmännischen Sprache Rabatt oder Disconto). Die Berechnung des Interusurium[3]

---

[7] L. 39 D. de sol. 46. 3, l. 38 § 16 D. de V. O. 45. 1 (l. 70 D. de sol. 46. 3), l. 41 § 1 l. 137 § 2 D. de V. O., l. 17 D. de R. I. 50. 17. Vgl. l. 43 § 2 D. de leg. II° 31, l. 15 D. de ann. leg. 33. 1. Mommsen Beitr. zum Obligationenr. III S. 156—158.

[1] Z. B. bei der Berechnung der falcidischen Quart, wenn in der Erbschaft Forderungen sich befinden, welche noch nicht fällig sind, oder wenn ein Vermächtniß auf die Auszahlung einer noch nicht fälligen Forderung geht, oder es selbst erst nach einer gewissen Zeit ausgezahlt werden soll (l. 1 § 10 l. 45 pr. l. 66 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2). Oder ein Schuldner zahlt zur Verkürzung seiner Gläubiger eine noch nicht fällige Forderung voll aus, wo der Empfänger zurückgeben muß, was er über den gegenwärtigen Werth der Forderung erhalten hat (l. 10 § 12 l. 17 § 2 D. quae in fraud. cred. 42. 8). Oder ein Schuldner wird ausnahmsweise zur Leistung vor dem Verfalltage gezwungen (l. 24 § 2 D. sol. matr. 24. 3). Oder die Parteien werden darüber einig, daß eine künftig fällige Forderung mit Reducirung auf ihren gegenwärtigen Werth gleich jetzt abgetragen werden soll. — Man darf aber nicht den Satz aufstellen, daß der Gläubiger auch gegen seinen Willen mit dem gegenwärtigen Werth seiner künftig fälligen Forderung abgefunden werden könne. Vgl. Vangerow III § 587 Anm. Nr. VII. VIII, Petzoldt Zeitschr. f. Rechtspfl. und Verwalt. in Sachsen N. F. XIX S. 386—400. § 274.

[2] Der Ausdruck interusurium bezeichnet eigentlich den Zins, welcher von der schuldigen Summe bis zum Verfalltage gezogen werden kann, l. 9 § 8 D. de pec. 15. 1, l. 66 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. Entsprechende allgemeinere Ausdrücke sind: commodum temporis, medii temporis commodum, repraesentationis commodum (l. 24 § 2 D. sol. matr. 24. 3, l. 82 pr. D. de leg. II° 31, l. 45 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 1 § 10 eod., l. 1 § 2. 12 D. de dote prael. 33. 4, l. 10 § 12 D. quae in fraud. cred. 42. 8). Vgl. Fritz Erläut. II S. 129—131.

[3] Schrader civil. Abhandlungen Nr. 2 (1816), F. Zachariä über die richtige Berechnungsart des Interusurii (1831). Oettinger Arch. f. civ. Pr. XXIX S. 33 fg. (1846). P. F. Keil das Interusurium (1854). Fritz Erläut. II S. 128—136, Unterholzner I § 132, Vangerow III § 587 Anm., Sintenis II S. 155—156.

geschieht in der Weise, daß ein Kapital gesucht wird, welches mit Hinzufügung der von demselben bis zum Verfalltermine zu ziehenden Zinsen dem Gläubiger die ihm geschuldete Summe gewährt. Ob dabei auch auf Zinseszinsen Rücksicht zu nehmen sei[4], hängt davon ab, ob und in wie weit nach den besonderen Umständen des Falles der Gläubiger sich in der Lage befindet, die gezogenen Zinsen wieder zinsbar anlegen zu können[5].

Unfreiwillige Stundung. Moratorium*.

§ 275.

Ausnahmsweise darf der Gläubiger trotz der Fälligkeit der Leistung dieselbe doch nicht einfordern:

1) zufolge der dem Schuldner zustehenden Rechtswohlthat des Nothbedarfs (§ 267).

2) Nach römischem Recht sind, wenn diejenigen Gläubiger, welche von dem Gesammtbetrage der Schulden des Schuldners den größeren Theil zu fordern haben, Gewährung einer Zahlungsfrist beschließen,

[4] Dieß thut die s. g. Leibnitz'sche Berechnung (Leibnitz meditatio iuridico-mathematica de interusurio simplice in den Acta eruditorum von 1683 p. 425. 599), im Gegensatz zu der s. g. Hoffmann'schen Berechnung (G. A. Hoffmann Klugheit Haus zu halten oder Prudentia oeconomica, nebst einem Anhang vom interusurium, 1731). — Eine dritte Art der Berechnung, die s. g. Carpzov'sche (Ben. Carpzov opus decisionum ill. Saxon. P. III dec. 275 [1654]), findet die gesuchte Summe einfach dadurch, daß sie an dem Nominalbetrag der Forderung den Betrag der Zinsen der Zwischenzeit in Abrechnung bringt — also dem Gläubiger abzieht, was derselbe zu viel erhalten haben würde, wenn ihm gegeben worden wäre, was ihm nicht gegeben wird. Diese letztere Art der Berechnung, so handgreiflich unrichtig sie ist, liegt doch der einzigen Quellenstelle zu Grunde, in welcher die Größe des Interusurium bestimmt wird, l. 88 § 3 D. ad leg. Falc. 35. 2. Man ist aber darüber einverstanden, daß wir durch diesen Versuch der Lösung einer reinen Rechnungsaufgabe nicht gebunden sind. (Es ist übrigens zu bemerken, daß die in der genannten Stelle unmittelbar beantwortete Frage eine andere ist. Die Frage, welche daselbst aufgeworfen wird, ist: wenn A 100 als Vermächtniß erst jetzt erhält, B 100 bereits vor einer gewissen Zeit erhalten hat, um wie viel hat A weniger als B? Die richtige Antwort wäre gewesen: A hat 100, B 100 + x. Statt dessen sagt die Stelle, indem sie den Standpunkt der Zeit, wo auch A erhält, verläßt, und sich auf den Standpunkt der Zeit stellt, wo B erhalten hat: das Vermächtniß des B beträgt 100, das des A 100 — x.) — KO. § 58.

[5] Dieser Gedanke ist namentlich in der Keil'schen Schrift ausgeführt, während Oettinger sich bemüht, die Leibnitz'sche Berechnung als die allein richtige nachzuweisen. Dieser Beweis war, wenn gefragt wird, welche Berechnung die mathematisch genaue sei, nicht nöthig; auf juristische Momente nimmt Oettinger keine Rücksicht. (Näheres über die Ausführungen Oettinger's in den früheren Auflagen bis zur vierten.)

* Holzschuher III § 230.

dadurch die übrigen Gläubiger gebunden, jedoch nur auf fünf Jahre. Ist der Betrag der Forderungen auf beiden Seiten gleich, so entscheidet die Mehrzahl der Forderungsberechtigten. Ist auch die Zahl der Forderungsberechtigten gleich, so gilt die Frist als gewährt[1]. Dieses Recht ist durch die neue Reichsgesetzgebung[2] in der Weise beseitigt, daß gegenwärtig den Gläubigern eine freiwillige Stundung nur nach eröffnetem Concurse und nur nach den durch diese Gesetzgebung bestimmten Regeln auferlegt werden kann[3].

3) In gleicher Weise ist durch die neue Reichsgesetzgebung der Satz des bisherigen Rechts beseitigt[4], daß dem Schuldner durch Verfügung des Landesherrn ein Zahlungsausstand (Moratorium) gewährt werden kann[5].

2. Verzug*.

a. Begriff.

§ 276.

Wenn der Schuldner die Zeit, zu welcher er die Leistung zu bewirken verpflichtet war, hat verstreichen lassen, ohne die Leistung zu

---

[1] Diese Bestimmungen traf Justinian in l. 8 C. qui bonis cedere 7. 71. Pfeiffer praktische Ausführungen IV S. 61 fg. Kommt die Stundung den Bürgen der Minorität zu Gute? Nein, nach Analogie von l. 58 § 1 D. mand. 17. 1 (§ 358 Note 4).

[2] Einführungsgesetz zur KO. § 4.

[3] KO. § 160 fg. Es ist erforderlich die Zustimmung der Mehrheit der in dem gerichtlich angesetzten Termine erschienenen Gläubiger und daß die Gesammtsumme der Forderungen der Zustimmenden drei Viertheile der Gesammtsumme aller zum Stimmen berechtigenden Forderungen beträgt. Der Vertrag bedarf der Bestätigung des Concursgerichtes. Vgl. Mandry § 41 Note 4 (3. Aufl. Note 5).

[4] Einführungsgesetz zur CPrO. § 14 Ziff. 4, Einführungsgesetz zur KO. § 4.

[5] Unterholzner I S. 371, Sintenis II S. 157—158, Seuffert § 252, Bayer Concursproc. § 36. RPO. 1177 Tit. 23 § 4. Die Bezeichnung „Moratorium" rührt ohne Zweifel von dem in l. 2 C. de precibus 1. 19 vorkommenden Ausdruck „moratoria praescriptio" her, welcher Ausdruck aber nichts bezeichnen will, als verzögerliche Einrede überhaupt. Ferneres über dieses Institut in den früheren Auflagen bis zur vierten Note 2. 3. 4.

* Dig. 22. 1 de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et *mora*. — v. Madai die Lehre von der Mora (1837). C. W. Wolff zur Lehre von der Mora (1841). Fr. Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht. 3. Abth.: die Lehre von der Mora (1855). (Zu der letzteren Schrift: Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. III S. 253—278 [1856]). Kniep die Mora des Schuldners nach römischem und heutigem Recht, 2 Bde. (1871. 1872). (Diese Schrift ist die Frucht ernster Arbeit; aber ich bezweifele, daß der erreichte Erfolg der aufgewendeten Mühe entspricht.) Manns von der Mora (1878, werthlos). Eine Uebersicht der älteren Literatur bei Madai S. V—XIV. [Ryk Lehre von den Schuldverhältnissen S. 427 fg. (1889).] Unterholzner I § 52—59, Fritz Erläut. II S. 325—347, Vangerow III § 588, Sintenis II § 93, Brinz 2. Aufl. II

bewirken, so ist er in Verzug[1]. Im technisch-juristischen Sinn des Wortes wird aber nur von demjenigen Schuldner gesagt, er sei in Verzug, welchem der Verzug zur Schuld angerechnet werden kann[2]. Der juristische Verzug — welcher fortan Verzug schlechthin genannt werden wird — hat rechtliche Folgen (§ 280); dieß macht es nöthig, seine Voraussetzungen näher zu bestimmen (§ 277—279)[3].

b. Voraussetzungen.

§ 277.

Der Verzug setzt voraus:

1) ein gültiges, mit keiner Einrede behaftetes, klagbares Forderungsrecht[1];

2) daß diejenige Zeit, zu welcher der Schuldner die Leistung zu bewirken verpflichtet war, ohne Leistung verstrichen sei. Welches diese

§ 271—274, Unger in Haimerl's Vierteljahrsschr. XIV S. 125 fg., Holzschuher III § 233. Vgl. noch Ernst rechtshistorische Begründung der mora. Berner Inaug.-Diss. 1882.

§ 276. [1] Der lateinische Ausdruck ist „mora". Es braucht nicht erst gesagt zu werden, daß dieser Ausdruck keine nothwendige Beziehung auf die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit hat. Vgl. z. B. l. 5 D. de off. proc. 1. 16: — „quid enim si necessariam moram in itinere patiatur?" Mora bezeichnet ferner auch Zeitablauf im Allgemeinen, vgl. z. B. l. 14 [15] D. de neg. gest. 3. 5, l. 53 D. de H. P. 5. 3, l. 51 D. de pec. 15. 1, und Mommsen § 1 Note 9, Kniep S. 3 fg.

[2] S. namentlich l. 24 pr. D. h. t. 22. 1 und l. 127 D. de V. O. 45. 1. L. 24 pr. cit. „Si quis solutioni quidem moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram, utique si iuste ad iudicium provocavit". — Zur Bezeichnung dieser doppelten Art des Verzuges gebraucht Wolff die Ausdrücke „objectiver, subjectiver Verzug". Man wird die Bezeichnung nicht unpassend finden dürfen; aber mit Recht erklärt sich Mommsen (§ 1) dagegen, daß der objective Verzug dem subjectiven als besonderes Rechtsinstitut gegenübergestellt werde. — Kniep a. a. O. unterscheidet die „technische Mora" in die auf Grund der Mahnung eintretende und die ohne Mahnung eintretende. Jene sei die „eigentliche", diese nur eine „abgeleitete". In Folge davon will Kniep nicht sowohl von Wirkungen des Verzugs, als von Wirkungen der Mahnung geredet wissen. Zu der eigentlichen technischen Mora zählt er aber auch die durch Ablauf der Leistungsfrist von selbst eintretende; aber, meint er, der dies erzeuge auch nicht sowohl die Wirkungen des Verzugs als die Wirkungen der Mahnung — dies interpellat pro homine!

[3] Auch der Gläubiger kann in Verzug sein, in Betreff der Annahme der Leistung, zu welcher der Schuldner bereit ist — mora creditoris oder mora accipiendi im Gegensatz zur mora debitoris oder mora solvendi. Es ist nicht gerechtfertigt, den Verzug des Gläubigers mit dem Verzug des Schuldners in derselben Darstellung zusammenzufassen. Der Verzug des Schuldners gehört in die Lehre vom Inhalt, der Verzug des Gläubigers in die Lehre von der Aufhebung des Forderungsrechts. S. § 345. 346.

§ 277. [1] L. 54 D. de pact. 2. 14, l. 40 D. de R. C. 12. 1, l. 78 pr. D. de leg. II° 31, l. 127 D. de V. O. 45. 1, l. 88 D. de R. I. 50. 17. Liquidität der Forderung? Vgl. Seuff. Arch. XX. 113.

Zeit sei, ist im Allgemeinen bereits in § 273 gesagt worden; näher wird davon im folgenden § gehandelt werden. Es muß sodann

3) der Schuldner gewußt haben, daß er leisten, und gerade jetzt, und gerade so leisten müsse, wie es von ihm verlangt wird[2]. Unentschuldbarer Irrthum gilt dem Wissen gleich[3]. Endlich muß

4) dem Schuldner kein sonstiger Entschuldigungsgrund zur Seite stehen, durch welchen es gerechtfertigt wird, daß er nicht rechtzeitig geleistet hat[4]. Ob dieß der Fall ist, hat zwar der Richter im einzelnen Fall nach seinem Ermessen zu bestimmen[5]; wenn sich aber der Schuldner darauf beruft, daß ihm die rechtzeitige Leistung unmöglich geworden sei, so sind die in § 264 entwickelten Grundsätze maßgebend. War daher das Hinderniß, welches die rechtzeitige Leistung ausgeschlossen hat, schon zur Zeit der Begründung des Forderungsrechts vorhanden, so kann sich der Schuldner auf dasselbe berufen, wenn es ein objectives, nicht, wenn es ein bloß subjectives war[6]. Ist dagegen das Hinderniß erst später eingetreten, so ist zu unterscheiden, ob der Schuldner an demselben schuld ist oder nicht, und dabei wird der Richter darauf Rücksicht nehmen müssen, ob der Schuldner nach dem Inhalt des obligatorischen Verhältnisses bloß wegen Arglist, oder auch, und in wie weit, wegen Nachlässigkeit haftet[7]. Auch Zahlungs=

---

[2] Daher l. 63 D. de R. I. 50. 17: „Qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere", und ebenso l. 24 pr. D. h. t. (§ 276 Note 2). Dagegen l. 82 § 1 D. de V. O. 45. 1: „Et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit, quam restituere". Seuff. Arch. VII. 291. S. auch l. 21 i. f. l. 22 D. h. t., l. 3 pr. eod. vgl. mit l. 89 § 1 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 99 D. de R. I. 50. 17, und vgl. auch l. 13 pr. D. dep. 16. 3. Seuff. Arch. XII. 134, XIII. 12, XXXI. 19.

[3] L. 5 D. de R. C. 12. 1, l. 42 D. de R. I. 50. 17. Vgl. zu dieser und der vorhergehenden Note Mommsen S. 57—61. — Das ganze Erforderniß des Wissens bez. Wissenmüssens leugnet Kniep I S. 330 fg. Ueber die Interpretationen, durch welche Kniep diese Behauptung zu rechtfertigen sucht, wird man sich nicht wundern, wenn man sieht, wie er sich auf S. 378 in Betreff einer andern Frage (Note 9) ausdrückt. „Diese Ungereimtheiten sind so augenscheinlich, daß man keinen Anstand nehmen dürfte, das Corpus Juris zu berichtigen, falls es sich nicht willfährig erweisen sollte".

[4] L. 5 D. de R. C. 12. 1: — „animadverti debebit . . . in potestate tua fuerit id nec ne, aut dolo malo feceris, quominus esset vel fuerit nec ne . .". L. 17 § 3 h. t.: — „quid enim potest imputari ei, qui solvere, etiamsi vellet, non potuit"? S. außerdem l. 21 l. 23 pr. D. h. t., und vgl. auch l. 9 § 1 eod., l. 23 § 1 D. de rec. 4. 8, l. 47 pr. D. de leg. I° 30.

[5] L. 91 § 3 D. de V. O. 45. 1: — „esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose . . erratur". Vgl. auch l. 32 pr. D. h. t.

[6] L. 137 § 4 D. de V. O. 45. 1.

[7] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, es läßt sich aber nicht

unfähigkeit, wenn sie durch unverschuldete Unglücksfälle herbeigeführt worden ist, muß als Entschuldigungsgrund angesehen werden[8, 9].

§ 278.

Die Zeit, zu welcher der Schuldner die Leistung zu bewirken verpflichtet ist, muß regelmäßig durch Aufforderung des Gläubigers bestimmt werden; regelmäßig kommt der Schuldner erst in Verzug durch die Mahnung (§ 279)[1]. Dieß erleidet aber Ausnahmen.

---

abweisen. Wenn Jemand bei dauernder Unmöglichkeit nur wegen Arglist haftet, wie will man ihn für Nachlässigkeit verantwortlich machen, wenn die Unmöglichkeit bloß eine zeitweilige ist? Vgl. auch l. 13 pr. D. dep. 16. 3. Oder warum soll er umgekehrt im letzteren Fall milder behandelt werden, wenn ihm die dauernde Unmöglichkeit schon bei Nachlässigkeit zur Schuld angerechnet wird? Aus der l. 5 D. de R. C. 12. 1 (Note 4) ein argumentum a contrario herleiten zu wollen, ist gewiß unzulässig (Mommsen S. 67). Ueber die verschiedenen Ansichten s. Madai S. 10, Wolff S. 255 fg., Mommsen S. 14. 23. 67—69; Hartmann die Obligation S. 239, Brinz 1. Aufl. S. 288 fg.

[8] Dieser Satz wird von der herrschenden Meinung nicht anerkannt (gegen denselben neuestens Hartmann die Obligation S. 234. 256. Jahrb. f. Dogm. XXII S. 488, Brinz 1. Aufl. S. 290), aber er folgt aus dem aufgestellten Princip. Vgl. Seuffert § 245 Note 13, Windscheid Heid. krit. Zeitschr. II S. 112. Dawider spricht auch nicht l. 137 § 4 D. de V. O. 45. 1. Denn diese Stelle handelt von dem Falle, wo die Mittellosigkeit des Schuldners gleich zu Anfang, schon zur Zeit des abgegebenen Versprechens, vorhanden war; für diesen Fall ist die zu Note 6 bemerkte Regel maßgebend. — Einfluß des Concurses: Seuff. Arch. VI. 117, X. 323, XIII. 306, XVIII. 25. Vgl. Kniep I S. 392 fg.

[9] Der Satz, daß der juristische Verzug durch jeden Entschuldigungsgrund ausgeschlossen werde, ist nicht allgemein anerkannt. Einige Schriftsteller wollen bei den in den Quellen ausdrücklich genannten Entschuldigungsgründen stehen bleiben, oder lehren doch, daß der Schuldner sich auf solche Entschuldigungsgründe nicht berufen könne, welche ihren Grund in seiner Person haben. Man hat dieser Meinung den nicht sehr glücklichen Ausdruck gegeben: zur mora sei keine culpa erforderlich. Vertheidigt wird sie namentlich von Schömann Handbuch des Civilrechts II Nr. 11 und Lehre vom Schadenersatz II S. 10 fg., Benfey in der Allg. Lit. Zeit. von 1842 S. 351 fg., Gerau Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. II S. 218—249, Puchta § 268 a. § 269 h, Sintenis II § 93 Anm. 50 und S. 208, C. Esmarch inter moram solvendi et culpam a debitore praestandam quae sit differentia ex iure Romano quaeritur (Habilitationsschrift, 1852; dieser Schriftsteller beschränkt aber die Wirkungen des Verzugs sehr). Gegen die angeführte Meinung sind namentlich zu vergleichen Madai § 2, Wolff S. 252 fg. (s. aber auch dens. S. 289—301), Mommsen § 2. 8, Vangerow III § 588 Anm. 1. [Ryk S. 427. 432.] Unter den Argumenten für diese Meinung spielt eine Hauptrolle die l. 137 § 4 D. de V. O. Aber diese Stelle enthält, wie bereits bemerkt wurde, nur den Satz, daß die ursprüngliche subjective Unmöglichkeit von dem Schuldner als Entschuldigungsgrund nicht geltend gemacht werden könne. Diese Unterscheidung zwischen ursprünglicher und nachfolgender Unmöglichkeit hat sich auch Kniep I S. 377 fg. nicht zum Bewußtsein gebracht, der im Uebrigen, wie sehr er auch gegen das Erforderniß der Verschuldung polemisirt, doch im Princip mit der hier vertretenen Ansicht einver-

1. Mahnung ist nicht erforderlich, wenn bei der Begründung des Forderungsrechts eine Zeitbestimmung in dem Sinne hinzugefügt worden ist, daß der Schuldner zu dieser Zeit leisten müsse[2], nicht in dem Sinne, daß der Gläubiger vor dieser Zeit nicht fordern dürfe[3]. Die Behauptung, daß die Festsetzung eines Leistungstermines die Mahnung immer unnöthig mache, läßt sich ebensowenig rechtfertigen, als die entgegengesetzte, daß sie es nie thue[4]. Im Zweifel aber, wenn

---

standen ist (s. namentlich S. 388). Vgl. noch Ernst (§ 276*) S. 51 fg. Seuff. Arch. XXXV. 13.

[1] Die Mahnung heißt in den Quellen interpellatio. L. 32 pr. D. h. t. „Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, i. e. si interpellatus oportuno loco non solverit". L. 36 § 3 D. de leg. I° 30, l. 23. 24 D. de V. O. 45. 1, Paul. sentent. III. 8 § 4. Vgl. l. 24 D. quando dies 36. 2. S. auch l. 53 D. de fideic. lib. 40. 5: — libertas non privata, sed publica res est, ut ultro is, qui eam debet, offere debeat". § 278.

[2] Einen Fall dieser Art hat l. 10 C. de A. E. V. 4. 49 im Auge. „Cum venditorem carnis fide conventionis rupta tempore placito hanc non exhibuisse proponas, ex emto actione eum, quanti intersit tua, si tunc tibi praestita fuisset, apud praesidem provinciae convenire potes". Zwar hat man diese Stelle von dem Falle verstehen wollen, wo nach der bestimmten Zeit das Fleisch dem Käufer nicht mehr brauchbar, und daher die Erfüllung der Verpflichtung des Verkäufers nicht mehr möglich sei (Mommsen S. 88); aber es liegt auf der Hand, daß diese Erklärung in die Stelle etwas hineinträgt, was nicht in derselben gesagt ist. [A. M. Dernburg II § 40 Note III.] Zweifelhafter ist es, ob auch l. 114 D. de V. O. 45. 1 hierher zu beziehen ist. „Si fundum certo die praestari stipuler, et per promissorem steterit, quominus ea die praestetur, consecuturum me, quanti mea intersit, moram factam non esse". Es ist nämlich möglich, daß durch den Ausdruck „per promissorem steterit" die geschehene Mahnung mit hat bezeichnet werden sollen. Dawider darf man auch nicht einwenden (Vangerow S. 216 [7. Aufl. S. 194]), daß eine wirksame Mahnung nicht vor Ablauf der dem Schuldner freizulassenden Leistungszeit geschehen könne; denn dieser Satz kann eben als richtig nicht anerkannt werden (§ 279 Note 4). Vgl. auch die in diesem Zusammenhang nicht beachtete l. 11 D. de re iud. 42. 1.

[3] Hierher gehört z. B. der Fall, wo beim Miethvertrage über die Fristen, in denen der Miethzins gezahlt werden soll, eine Vereinbarung getroffen ist. L. 17 § 4 D. h. t. „Ex locato qui convenitur, nisi convenerit, ut tardius pecuniae illatae usuras deberet, nonnisi ex mora usuras praestare debet". Man hat zwar eingewendet, daß diese Stelle nur eine gesetzlich bestimmte Zahlungszeit im Auge habe (Mommsen S. 91, Vangerow S. 219 [7. Aufl. S. 196]); aber sie sagt doch ganz allgemein „tardius", und zu spät gezahlt ist gewiß auch das zur vereinbarten Zeit nicht gezahlte Miethgeld. Seuff. Arch. XXI. 112.

[4] Daß „dies adiectus interpellat pro homine", ist seit der Zeit der Glossatoren bis in die neuere Zeit die herrschende Meinung gewesen, und namentlich war in Deutschland seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts aller Zweifel an der Richtigkeit dieser Regel verschwunden. Bestritten wurde sie wieder von Savigny in seinen Vorlesungen, und zuerst öffentlich von Neustetel Arch. f. civ. Pr. V S. 221 fg. (1822). Seit dieser Zeit sind in Betreff derselben die Juristen in zwei Lager gespalten. Als Gegner der Regel sind ferner aufgetreten namentlich: v. Schröter (dieser in besonders ausführlicher Darstellung)

die besonderen Umstände des vorliegenden Falles der Auslegung keine Handhabe darbieten, ist anzunehmen, die Hinzufügung eines Leistungstermins sei in dem Sinne geschehen, daß dadurch die Mahnung un-

Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. IV S. 100 fg. (1831) und VII S. 87 fg. (1834), Wolff § 27—29, Fritz Erläut. II S. 331 fg., Unterholzner I S. 115—117, Puchta § 269. q, Sintenis II § 93 Note 71, Brinz 1. Aufl. S. 551. 2. Aufl. II S. 328; vertheidigt wird sie u. A. von Madai § 24, Mommsen § 11, Seuffert § 245, Vangerow III § 588 Anm. 2, Arndts § 251 Note 6, Holzschuher III § 233 Nr. 2. Nähere Literaturangaben bei Schröter IV S. 100—128, Madai § 16—23, Mommsen S. 102—104, Vangerow S. 206—208 (7 Aufl. S. 186—187), [Dernburg II § 40 Note 13, aber nicht für das heutige Recht]. Jedoch wird nicht von allen genannten Schriftstellern die Meinung, welche sie für die richtige halten, als die absolut richtige hingestellt, vielmehr zugegeben, daß die Fristbestimmung möglicherweise auch den entgegengesetzten Sinn haben könne; s. auf der einen Seite Schröter IV S. 106, Fritz S. 332, Brinz 2. Aufl. II S. 328 (der aber für den Fall, daß der dies „pro creditore" gesetzt ist, gar keine „Mora" annimmt), auf der anderen Mommsen S. 109—113. 116—119, Seuffert § 245 Note 8 (Bl. f. RAnwend. zunächst in Bayern I Nr. 1. 2), Vangerow S. 210 unt. (7. Aufl. S. 189 unt.). Vgl. auch Bruns Zeitschr. f. RGesch. I S. 65—67. 105, Kniep I S. 120 fg. Seuff. Arch. XXV. 224. Daß diese doppelte Möglichkeit anerkannt werde, scheint mir bei dieser Controverse das Erste und Wesentlichste zu sein. Eines näheren Beweises für diese doppelte Möglichkeit bedarf es nicht, da sie aus der Natur der Sache folgt; nicht darüber kann gestritten werden, ob nicht die Zeitbestimmung möglicherweise sowohl den einen, wie den andern Sinn haben könne, sondern nur darüber, welchen sie im Zweifel habe (Note 5). S. überdieß die in Note 2 und 3 genannten Quellenstellen. Es ist allerdings zuzugeben, daß die an den angeführten Orten gegebene Erklärung dieser Stellen keine zwingend nothwendige ist; aber um so mehr ist zu behaupten, daß sich aus den Quellen ein stringenter Beweis für die ausschließliche Richtigkeit der einen oder der anderen Meinung nicht beibringen läßt. Unter den Stellen, auf welche man sich außer den genannten Stellen von der einen oder der anderen Seite sonst noch berufen hat, haben die meiste Beweiskraft, und zwar gegen die Regel, die in Note 1 genannten; aber auch sie schließen doch die Möglichkeit von Ausnahmen nicht aus. Die übrigen sind noch viel weniger entscheidend, und zum Theil sogar von Anhängern derselben Meinung, für welche sie geltend gemacht werden, aufgegeben. Die hauptsächlichsten sind: l. 47 D. de A. E. V. 19. 1, l. 33 D. de V. O. 45, 1, l. 135 § 2 eod., l. 8 D. si quis caut. 2. 11, l. 12 C. de contr. sip. 8. 37 [38], l. 2 C. de iure emph. 4. 66, c. 4 X. de loc. et cond. 3. 18; l. 49 § 3 D. de V. O. 45. 1, l. 3 C. in quib. caus. i. i. r. 2. 40 [41]. l. 5 C. de A. E. V. 4. 49, l. 87 § 1 D. de leg. II° 31. Vgl. Mommsen S. 84—98. Auch auf die dem R. D. A. v. 1600 vorangegangenen Verhandlungen, und speciell eine in denselben von den kaiserlichen Commissarien abgegebene Erklärung, durch welche der Satz: dies adiectus interpellat pro homine anerkannt worden ist, hat man sich berufen (Seuffert in seinem Archiv zu VI. 163); aber diese Erklärung ist in das Reichsgesetz nicht aufgenommen worden. Mommsen S. 99—101. So bleibt endlich nur die Frage übrig, ob nicht unsere Controverse durch ein unzweifelhaftes Gewohnheitsrecht entschieden sei, und darauf allein stellen auch Mommsen und Arndts Alles ab. Ein Gewohnheitsrecht liegt nun in Betreff derselben allerdings vor, aber auch dadurch ist nicht festgestellt, daß die Regel: dies adiectus interpellat pro homine unter allen Umständen richtig sei. S. die folgende Note. Auch

nöthig wird[5]. — Auf den gesetzlichen Leistungstermin bezieht sich das hier Gesagte nicht; für diesen erleidet die Regel, daß Verzug nicht ohne Mahnung eintritt, keine Ausnahme[6].

2. Mahnung ist ferner nicht erforderlich bei den Forderungsrechten, welche auf Herausgabe eines dem Gläubiger durch Delict, z. B.[7] Entwendung[8] oder widerrechtliche Besitzentsetzung[9], entzogenen Gegenstandes gehen[10].

3. Ebensowenig ist Mahnung erforderlich bei den Forderungsrechten der Minderjährigen[11].

Kniep (I S. 118 fg.) stützt die Geltung der Regel lediglich auf modernes Gewohnheitsrecht; was das römische Recht angeht, so nimmt er an, dasselbe habe dem dies einige, aber nicht alle (so nicht Haftung für Gefahr und Zinsenanspruch) Wirkungen des Verzugs beigelegt.

[5] Sieht man bloß auf das römische Recht, so wäre auf Grund der l. 32 pr. D. h. t. (Note 1) unzweifelhaft im entgegengesetzten Sinn zu entscheiden. Aber daß die deutsche Praxis von jeher an dem Satze: dies adiectus interpellat pro homine festgehalten hat, ist von keiner Seite bestritten. S. auch die Urtheile bei Seuff. Arch. I. 332, VI. 163, X. 144, XI. 140, XXVIII. 114, XXXI. 20, XXXIX. 93. Das in dieser Weise begründete Gewohnheitsrecht ist auch dadurch nicht wieder aufgehoben worden, daß die ihm zu Grunde liegende Rechtsüberzeugung in der neueren Zeit keine allgemeine mehr ist; es wird an der abweichenden Ueberzeugung sein, ihrerseits eine entgegengesetzte Uebung zu bewirken. Aber dieses Gewohnheitsrecht hat gewiß nicht den Sinn, daß das Gegentheil nicht solle ausgemacht werden können, und also auch nicht den Sinn, daß das Gegentheil nicht solle anerkannt werden dürfen, wenn es sich durch Auslegung als von den Parteien gewollt ergebe. Vgl. Mommsen S. 104—107, Windscheid Heidelb. krit. Zeitschrift III S. 257. 258 (abweichend). Seuff. Arch. XXV. 224: bei Wechseln hat die Festsetzung des Zahlungstermins immer nur die Bedeutung, daß der Gläubiger solle fordern dürfen; anders XIX. 64. Das. XXXIX. 93: die Festsetzung eines Termins für die Zahlung des Miethzinses hat nach den Anschauungen des heutigen Verkehrs die Bedeutung, daß der Schuldner an diesem Termine solle zahlen müssen.

[6] Mommsen S. 116.

[7] S. noch Seuff. Arch. XVIII. 220.

[8] L. 8 § 1 l. 20 D. de cond. furt. 13. 1, l. 17 § 2 l. 29 D. rer. am. 25. 2, l. 7 C. de cond. ob turp. caus. 4. 7. Es entscheidet nicht der heutige Begriff des Diebstahls, sondern der römische des furtum: l. 16 D. de cond. furt. 13. 1, l. 1 § 25 D. dep. 16. 3. Vgl. übrigens l. 30 § 1 D. de iurei. 12. 2.

[9] L. 1 § 34. 35 l. 19 D. de vi 43. 16, l. 1 C. de his quae vi 2. 19 [20].

[10] Vgl. Mommsen S. 76 fg., Kniep I S. 27 fg.

[11] L. 87 § 1 D. de leg. II° 31, l. 3 § 2 D. de adim. leg. 34. 4, l. 26 § 1 D. de fideic. lib. 40. 5, l. 3 C. in quib. caus. i. i. r. 2. 40 [41], l. 5 C. de A. E. V. 4. 49. S. auch l. 17 § 3 D. h. t. Wenn es in l. 87 § 1 cit. heißt: „tamen non pro mora hoc habendum est", so soll damit nur auf das Besondere aufmerksam gemacht werden, daß der Verzug hier wieder aufhöre, sobald der Minderjährige großjährig geworden sei. In l. 5 cit. wollen die Worte „licet nulla mora intercesserit" nur sagen, daß nach den gewöhnlichen Grundsätzen hier kein Verzug vorliege. Andere nehmen auf Grund dieser Stellen zu Gunsten des Minderjährigen keinen Verzug, sondern nur ein gesetzliches Zinsprivilegium an,

4. Wenn die Mahnung wegen Abwesenheit des Schuldners oder eines sonstigen die Person desselben betreffenden Umstandes unmöglich ist, so kann sie durch eine beglaubigte schriftliche Erklärung ersetzt werden[12].

In anderen Fällen tritt ohne Mahnung nicht Verzug mit allen an denselben angeknüpften rechtlichen Folgen, sondern nur eine beschränktere Wirkung, namentlich eine gesetzliche Zinsverbindlichkeit, ein[13].

---

so namentlich Wolff § 9, Mommsen § 12, [Wächter II S. 300, Dernburg II § 41 Note 7]. Aber ich halte die Schwierigkeiten, welche die genannten Stellen der Annahme eines wirklichen Verzugs darbieten, für geringer, als die der entgegengesetzten Ansicht aus l. 3 § 2 D. de adim. leg. 34. 4 erwachsenden. Ein wirklicher Verzug wird angenommen auch von Madai § 26. Bei den in den Quellen unmittelbar genannten Wirkungen des Verzugs will stehen bleiben Kniep I S. 41 fg. Vgl. Seuff. Arch. I. 190. Den Minderjährigen stellt die Kirchen gleich das Urtheil bei Seuff. Arch. II. 130; dagegen Madai S. 157. S. noch Seuff. Arch. V. 102, VII. 13.

[12] L. 2 D. de naut. foen. 22. 2: — „si nemo sit, qui a parte promissoris interpellari . . . . possit“. L. 23 § 1 D. h. t.: „si forte non extat qui conveniatur“. Die Beschränkung auf den Fall der Abwesenheit (Mommsen S. 76 Note 6) rechtfertigt sich durch l. 5 § 20 D. ut. in poss. 36. 4 nicht. Es kann jedoch sehr wohl der Umstand, welcher die Mahnung unmöglich macht, auch die Nichterfüllung entschuldigen, und dadurch den Verzug ausschließen; so wenn der Schuldner unmündig oder wahnsinnig oder noch ungeboren ist. Aber einen solchen Entschuldigungsgrund kann auch die Abwesenheit gewähren. Vgl. l. 23 pr. D. h. t. Kniep I S. 582 fg. verlangt Klageerhebung. [Nach Mommsen S. 74 ist Erklärung vor Gericht erforderlich; so auch die bisherigen Auflagen dieses Lehrbuchs. Auch das geht zu weit. L. 2 cit. verlangt eine „testatio“, und nach der Feststellung von Kniep, die Litisdenuntiation als Prozeßeinleitung im röm. Civilproceß (1887) S. 59 fg. 98 fg. ist unter testatio eine „Zeugenurkunde“ zu verstehen, d. h. eine schriftliche, von zugezogenen Personen als echt schriftlich bezeugte Erklärung. Daß gerichtliches, und ebenso notarielles, Zeugniß genügt, ist nicht zu bezweifeln.]

[13] Die Fälle, welche hierher gehören, sind folgende. a) Der Fiscus bezieht Zinsen von seinen Forderungen vom Augenblick ihrer Fälligkeit, l. 17 § 5. 6 l. 43 D. h. t., l. 10 § 1 D. de publ. 39. 4 (vgl. übrigens Seuff. Arch. XVIII. 22. 23). b) Von Vermächtnissen zu Gunsten frommer Zwecke müssen 6 Monate nach Insinuation des Testaments Früchte, Zinsen und anderer Zuwachs entrichtet werden, Nov. 121 c. 12, l. 45 [46] § 4 C. de episc. 1. 3 (lex. rest.). c) Der Ehemann, welcher mit der Herausgabe der Dos ein Jahr nach Auflösung der Ehe wartet, zahlt Zinsen, l. un. § 7 C. de rei ux. act. 5. 13. Umgekehrt zahlt d) auch derjenige, welcher eine Dos versprochen hat, Zinsen, wenn er mit der Entrichtung der Dos zwei Jahre zögert; besteht die Dos nicht in einer Geldsumme, so treten mit Ablauf dieser Frist die Folgen des Streitbeginnes gegen ihn ein. L. 31 § 5 [2] C. de I. D. 5. 12. — Von Anderen wird in diesen Fällen wahrer Verzug angenommen. Vgl. Puchta § 269, Mommsen S. 127—129, Kniep I S. 34 fg. II S. 183 fg. — Vgl. HGB. Art. 289. „Kaufleute unter einander sind berechtigt, in beiderseitigen Handelsgeschäften auch ohne Verabredung oder Mahnung von jeder Forderung seit dem Tage, an welchem sie fällig war, Zinsen zu fordern“.

§ 279*.

Eine bestimmte Form der Mahnung ist nicht vorgeschrieben[1]. Die Mahnung ist aber ungültig, wenn sie von dem Schuldner etwas Anderes verlangt, als derselbe zu leisten verpflichtet ist[1a]. So ist sie namentlich ungültig, wenn sie von dem Schuldner Leistung an einem Orte verlangt, an welchem[2], oder zu einer Zeit, zu welcher derselbe zu leisten nicht verpflichtet ist[3]. Dagegen ist es nicht erforderlich, daß die Mahnung an dem Leistungsorte oder zu der Leistungszeit selbst erfolge[4]. Geschehen muß die Mahnung durch den Gläubiger, vorausgesetzt daß derselbe handlungsfähig ist[5], oder durch Jemanden, der zur Vertretung des Gläubigers befugt ist[6]. In gleicher Weise muß die Mahnung gerichtet werden an den Schuldner[7], vorausgesetzt daß derselbe handlungsfähig ist[8], oder an den zur Vertretung des Schuldners Befugten[9].

* Madai § 5—12, Wolff § 22, Mommsen § 5—7, Kniep I § 51—60.

[1] Namentlich ist nicht Gerichtlichkeit der Mahnung erforderlich. In der Ladung liegt aber eine Mahnung. Mahnung durch Klageerhebung bei einem unzuständigen Gericht? Seuff. Arch. XX. 213. — HGB. 288 Abs. 2. „Die Uebersendung der Rechnung gilt für sich allein nicht als Mahnung". Seuff. Arch. XXIV. 196: bei schriftlicher Mahnung tritt der Verzug mit dem Empfange des Briefes ein, nicht erst mit der Kenntnißnahme von seinem Inhalt. — Seuff. Arch. XXVIII. 19. § 279.

[1a] Vgl. aber auch Seuff. Arch. XXXI. 125, XXXII. 309.

[2] L. 32 pr. D. h. t. „Mora fieri intellegitur . . si interpellatus oportuno loco non solverit, quod apud iudicem examinabitur".

[3] L. 49 § 3 D. de V. O. 45. 1. „Si promissor hominis ante diem, in quem promiserat, interpellatus sit, et servus decesserit, non videtur per eum stetisse".

[4] Dieß wird nicht allgemein anerkannt, und namentlich nicht was die Zeit der Mahnung angeht. Aber es folgt aus dem Begriff der Mahnung, und ein Gegenbeweis aus den Quellen kann nicht geführt werden. Die in Note 2 und 3 angeführten Stellen setzen offenbar voraus, daß Leistung gerade an dem Orte und zu der Zeit der Mahnung verlangt werde. Deßwegen glaube ich auch nicht, daß aus l. 32 pr. D. h. t. (Note 2) das Erforderniß hergeleitet werden dürfe, daß die Mahnung an einem passenden Orte geschehen müsse. Zwar sind in dieser Stelle die Worte „oportuno loco" nicht mit „non solverit" zu verbinden, sondern mit „interpellatus"; aber ihr Sinn ist doch der, daß die Mahnung ungültig sei — nicht wenn sie an einem unpassenden Orte erfolge, sondern — wenn sie an einem unpassenden Orte Leistung verlange.

[5] Vgl. Madai S. 52, Wolff S. 269, Mommsen S. 51. Nicht so weit geht Kniep I S. 166 fg., er verlangt nur, daß ein zur Annahme Berechtigter da sei. [Dernburg II § 40 Note 6.]

[6] L. 24 § 2 D. h. t. Vgl. zu dieser Stelle, was den negotiorum gestor angeht, Vat. fr. § 112. 334, und vgl. überhaupt mit Mommsen S. 53 Kniep I S. 176—217, Brinz 2. Aufl. II S. 272 Note 15, Ruhstrat Jahrb. für Dogm. XIX S. 287 fg. [Dernburg II § 40 Note 7.]

[7] L. 32 § 1 D. h. t.

[8] L. 24 D. de V. O. 45. 1.

Der Schuldner muß zwar der Mahnung sofort gehorchen; aber daraus folgt nicht, daß er gerade in demselben Momente leisten müßte, in welchem die Mahnung an ihn gestellt wird. Eine gewisse Zeit muß ihm für die Verwirklichung der Leistung immer gelassen werden; das Nähere ist dem richterlichen Ermessen anheimzustellen[10].

c. Wirkungen.

§ 280.

Die Wirkung des Verzuges ist im Allgemeinen, daß der Schuldner zur Leistung des Interesse verpflichtet ist[1]. Besondere Anwendungen dieses Satzes sind folgende[2].

---

[9] Madai S. 53 fg., Wolff S. 271 fg., Mommsen S. 55, Kniep I S. 228 fg., Sintenis II § 93 Note 59, Brinz 2. Aufl. II S. 293. 294.

[10] Auch auf diesen Fall beziehen sich die allgemeinen Aussprüche der l. 32 pr. D. h. t. und der l. 91 § 3 D. de V. O. 45. 1. Vgl. l. 105 D. de sol. 46. 3 (— „nec enim cum sacco adire debet"); auch l. 21 § 12 D. de rec. 4. 8, l. 5 § 1 D. de coll. 37. 6. Madai § 14, Mommsen S. 63—65, Kniep I S. 467 fg.

* Madai § 44—55, Wolff § 37—42, Mommsen § 19—29, Kniep Bd. II. (Das Charakteristische der zuletzt genannten Darstellung ist, daß sie die Wirkungen des Verzugs [der Mahnung] möglichst vom Interessebegriff loszulösen und als selbständige hinzustellen sucht. S. die Uebersicht § 103.)

§ 280. [1] L. 36 § 2 D. de usufr. 7. 1: — „aliud dici non posse ait, quam in id obligatum esse heredem, quanti legatarii intersit, moram factam non esse". L. 114 D. de V. O. 45. 1 (§ 278 Note 2). S. außerdem l. 9 § 8 D. ad exh. 10. 4, l. 60 pr. D. pro soc. 17. 2, l. 21 § 3 l. 31 § 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 26 D. de leg. III° 32, l. 113 § 1 D. de V. O. 45. 1. Seuff. Arch. II. 155, III. 136, V. 156. — Man hat dem Verzuge auch die Wirkung beilegen wollen, daß der Schuldner durch denselben das ihm zustehende Wahlrecht verliere. S. dagegen Mommsen S. 259 fg., Vangerow III § 569 Anm. 1 Nr. 4 (§ 255 Note 11). Man hat ferner gesagt, daß bei gegenseitigen Verträgen der Gläubiger durch den Verzug des Schuldners das Recht gewinne, vom Vertrage zurückzutreten. Auch das ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Der Gläubiger hat nur das Recht, die Leistung des Schuldners zurückzuweisen, wenn ihm das zu Leistende zu dem Zwecke, zu welchem er es sich hat versprechen lassen, unbrauchbar geworden ist, wohin im Besonderen auch der Fall gehört, wo er für das Bedürfniß, welches durch die Leistung befriedigt werden sollte, anderweitige Fürsorge getroffen hat. Es kann von dem Gläubiger nicht verlangt werden, daß er einen Nachtheil, welchen er abwenden kann (durch Nichtannahme der verschuldeten Leistung) oder abwenden konnte (durch anderweitige Fürsorge für sein Bedürfniß), erleide, um hinterher Ersatz einzutreiben. Vgl. § 346 Note 6 und Seuff. Arch. XXXIII. 123. Mehr folgt auch aus l. 24 § 4 D. loc. 19. 2 nicht. Vgl. Mommsen S. 257 fg., Kniep II S. 340 fg. (theilweise abweichend), auch Stobbe III S. 232. 242. Hinzuzufügen ist jedoch: 1) es kann als stillschweigend bedungen erscheinen, daß der Verzug des einen Contrahenten dem andern ein Rücktrittsrecht geben solle; 2) es ist ins Auge zu fassen, ob nicht der Gläubiger dadurch besondere Rechte gewinnt, daß der säumige Schuldner zugleich in mora accipiendi sich befindet. Diese mora accipiendi kann namentlich von Bedeutung sein für die Entscheidung der Frage, ob nicht der Verkäufer die nicht abgenom-

1. Der Schuldner ist verpflichtet, dem Gläubiger allen Gewinn zu ersetzen, welchen derselbe bei rechtzeitiger Leistung von dem Leistungsgegenstande hätte ziehen können[3], namentlich[4] Früchte[5] und Zinsen[6]. Die Verzugszinsen betragen bei Geldschulden[7] 5%[8]. Sie fallen weg bei Schulden aus Schenkungen[9], bei Schulden des Fiscus aus Con-

---

mene Waare weiter verkaufen dürfe. Darf er es, so entsteht der Schein eines Rücktrittsrechts, welches in der That nicht vorhanden ist. Seuff. Arch. II. 154, III. 164, V. 156, VIII. 351, IX. 139, X. 155, XI. 139. 141. 230. 231. 232, XIV. 133, XVI. 208, XXIV. 228, XXXI. 126, XXXIII. 294, XXXV. 14, XXXVI. 189. Blätter f. RAnwend. zun. in Bayern XXXV S. 326 fg. Thöl Handelsrecht I § 86. 87. 6. Aufl. § 281. 282, Pauli im neuen Arch. f. Handelsr. III S. 123 fg. Unbedingtes Rücktrittsrecht gestattet beim Kaufvertrag das HGB. Art. 354—359. — Ueber andere vermeintliche Folgen der Mora s. Madai § 55, Wolff S. 468—470, Mommsen § 27.

[2] Nicht die einzig möglichen, aber die am Häufigsten zur Sprache kommenden. Vgl. l. 3 D. de in lit. iur. 12. 3.

[3] Omnis causa. L. 17 § 1 D. de R. V. 6. 1, l. 8 D. h. t., l. 8 § 6 D. de prec. 43. 26. Vgl. § 258 Note 16.

[4] Vgl. außerdem l. 17 § 1 D. de R. V. 6. 1, l. 14 pr. D. h. t., l. 39 § 1 D. de leg. I° 30, l. 28 [27] § 1 D. ad SC. Treb. 36. 1.

[5] L. 38 § 15 D. h. t., l. 8 l. 39 D. eod., l. 39 § 1 D. de leg. I° 30, l. 26 D. de leg. III° 32, l. 19 [18] pr. D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 17 § 1 l. 62 D. de R. V. 6. 1. L. 39 § 1 D. cit.: — „Fructus autem hi deducuntur in petitionem, non quos heres percepit, sed quos legatarius percipere potuit“. Vgl. auch I § 124 Note 6. Zur historischen Entwickelung: Gai. II. 280, Paul. sentent. III. 8 § 4, l. 38 § 7 D. h. t.

[6] L. 32 § 2 D. h. t., l. 2 C. dep. 4. 34, l. 78 § 2 l. 87 § 1 D. de leg. II° 31. R. D. A. von 1600 § 139. Bei den stricti iudicii actiones machte den Römern auch hier die Formel Schwierigkeit, welche Schwierigkeit jedoch, wenn es sich um einen andern Leistungsgegenstand als Geld handelte, später überwunden worden ist. L. 22 D. de don. 39. 5, l. 1 C. de cond. ind. 4. 5, l. 4 C. de cond. ob turp. caus. 4. 7, l. 3 C. de usur. 4. 32, l. 11 [12] l. 23 eod. Seuff. Arch. I. 59. Vgl. auch § 259 Note 9 und 10.

[7] Bei Forderungen auf andere fungibele Sachen so viel, als der Gläubiger nachweisen kann, daß er bei rechtzeitiger Leistung von dem Kapital an Zinsen gezogen haben würde. Vgl. auch Seuff. Arch. IV. 103, X. 142.

[8] Wenn nicht der Gläubiger nachweisen will, daß er mehr hätte ziehen können. Nach römischem Recht konnten ohne weiteren Beweis nur ortsübliche Zinsen verlangt werden. Auf 5% hat der R. D. A. von 1600 § 139 die Verzugszinsen beim Darlehn normirt; für die Ausdehnung auf alle Verzugszinsen ist die herrschende Meinung. Madai S. 359, Wolff S. 452, Mommsen S. 246, Fritz Erläuter. II S. 56, Sintenis II S. 102, Kniep II S. 240. Die Ansicht Puchta's (§ 228. bb), daß der R. D. A. auch für das Darlehn die Verzugszinsen nicht auf 5% habe fixiren wollen, ist ohne Anklang geblieben. Vgl. die Bemerkung Rudorff's zu der angeführten Stelle. Seuff. Arch. XII. 14. — HGB. Art. 287: 6%. Reichsgesetz vom 14. Nov. 1867 § 3: der bedungene Zinssatz bleibt maßgebend, wenn er höher ist als die gesetzlich bestimmten Zögerungszinsen.

[9] L. 22 D. de don. 39. 5. Doch ist die Beweiskraft dieser Stelle nicht unbezweifelbar. Ueber l. 16 pr. D. h. t. und l. 1 pr. D. de poll. 50. 12 s. Madai

tracten, welche er selbst abgeschlossen hat[10], bei fiscalischen Geldstrafen[11].

2. Tritt nach dem Verzug Unmöglichkeit der Leistung ein[12], so befreit dieselbe den Schuldner selbst dann nicht, wenn sie ohne seine Schuld eingetreten ist[13]. Nicht einmal das hilft dem Schuldner, daß er nachweisen kann, daß, wenn er auch zur rechten Zeit geleistet hätte, der Leistungsgegenstand dem Gläubiger dennoch verloren gegangen sein würde; der Gläubiger kann diese Entgegnung durch den Hinweis darauf beseitigen, daß, wenn er den Leistungsgegenstand gehabt hätte, er denselben vor dem Verluste in seinen Werth hätte umsetzen können. Erst wenn der Schuldner den Beweis führt, daß der Gläubiger einen solchen Umsatz nicht vorgenommen haben würde, ist er frei[14]. — In

---

S. 378—680, Mommsen S. 242, Windscheid Heidelb. krit. Zeitschrift III S. 267, Kniep II S. 176 fg. 420 fg. Vgl. noch Mommsen S. 250—252, Kniep II S. 180. 420 fg.

[10] L. 17 § 5 D. h. t., l. 2 C. de fisc. usur. 10. 8. Seuff. Arch. XVIII. 24. Vgl. das. XXV. 29, XXXII. 126. Entscheid. des RG. VII S. 152. 162 (Seuff. Arch. XXXVIII. 99. 100). Kniep II S. 242 fg. bestreitet die heutige Geltung dieser Ausnahme, weil der R. D. A. von 1600 ihrer nicht gedenke; nun sei aber durch denselben (auf Grund der bestehenden Praxis des Reichskammergerichts) die Zinsverbindlichkeit des Verzugsschuldners gegenüber dem das römische Recht aufhebenden canonischen Recht neu eingeführt worden. Aber damit eben schuf der R. D. A. ein neues Anwendungsobject für die Zinsbestimmungen des römischen Rechts; die Annahme, daß er sich als ausschließliche Entscheidungsquelle habe hinstellen wollen, findet in seiner Bestimmung keinen Anhalt. Vgl. übrigens noch Kniep II S. 247 fg.

[11] L. 9 D. de mag. conv. 27. 8, l. 1 C. de fisc. usur. 10. 8. Kniep II S. 180 fg. findet in diesen Stellen den im Text ausgesprochenen Satz nicht begründet, indem er in der Digestenstelle „poenarum" in „foenorum" verwandelt, und die Codexstelle davon versteht, daß das Zinsprivilegium des Fiscus (§ 278 Note 13. a) sich auf Strafen nicht erstrecke.

[12] Madai § 44—47, Wolff § 40, Mommsen § 20, Kniep II S. 8—59. Savigny System VI § 273—276, Vangerow III § 588 Anm. 3, Sintenis II S. 192—294.

[13] L. 5 D. de R. C. 12. 1, l. 12 § 3 D. dep. 16. 3, l. 25 § 2 D. sol. mat. 24. 3, l. 39 § 1 l. 108 § 11 D. de leg. I° 30, l. 82 § 1 D. de V. O. 45. 1, l. 31 pr. D. de nov. 46. 2, l. 95 pr. D. de sol. 46. 3, l. 3 C. de us. et fr. 6. 47; l. 7 § 2 l. 8 pr. l. 16 l. 20 D. de cond. furt. 13. 1, l. 1 § 34 l. 19 D. de vi 43. 16, l. 1 C. de his quae vi 2. 19 [20], l. 2 C. de cond. furt. 4. 8, l. 9 C. de furt. 6. 2. In diesem Sinne heißt es in den Quellen, daß durch den Verzug ein „perpetuari" der Obligation bewirkt werde, l. 24 § 2 D. h. t., l. 91 § 3 D. de V. O. 45. 1, l. 58 § 1 D. de fidei. 46. 1.

[14] Die Frage, wie es sich mit der Verhaftung des Schuldners verhalte, wenn ihm nach dem Verzug die Leistung ohne seine Schuld unmöglich wird und der Leistungsgegenstand dem Gläubiger auch bei rechtzeitiger Leistung (durch dasselbe oder ein anderes Ereigniß) verloren gegangen sein würde, war schon bei den Glossatoren streitig, und die Quellen gewähren in Betreff derselben ein reines Resultat nicht. Sucht man zunächst eine Entscheidung aus allgemeinen Grund-

gleicher Weise ist zu entscheiden, wenn der Leistungsgegenstand nach dem Verzuge verschlechtert und dadurch für den Schuldner eine Unmöglichkeit gehöriger Leistung herbeigeführt worden ist[16].

---

sätzen zu gewinnen, so bietet sich eine doppelte Auffassung dar. Es kommt darauf an, für welchen Moment man annehmen will, daß durch den Verzug dem Gläubiger der Leistungsgegenstand entzogen worden sei; Ereignisse, welche nach diesem Momente eingetreten sind, sind für den Entschädigungsanspruch des Gläubigers gleichgültig, wenngleich sie den Verlust des Leistungsgegenstandes in gleicher Weise herbeigeführt haben würden (§ 258 Note 15). Als diesen Moment kann man nun möglicherweise den Moment ansehen, wo hätte geleistet werden sollen, aber nicht geleistet worden ist; dann kann der Schuldner darauf, daß der Gläubiger auch bei rechtzeitiger Leistung den Leistungsgegenstand verloren haben würde, sich nicht berufen. Man kann aber auch sagen: durch die damalige Nichtleistung ist dem Gläubiger nicht der Leistungsgegenstand entzogen worden, sondern nur ein Zeitvortheil in Beziehung auf denselben; der Leistungsgegenstand wird dem Gläubiger nur dadurch entzogen, daß er ihm überhaupt nicht, also auch jetzt nicht, geleistet wird. Nach dieser Auffassung kann der Schuldner alle Ereignisse, welche bis zum jetzigen Zeitpunkt den Verlust des Leistungsgegenstandes ebenfalls herbeigeführt haben würden, geltend machen, und der Gläubiger kann sich dem gegenüber seinen Entschädigungsanspruch nur durch den Gegenbeweis sichern, daß er den Leistungsgegenstand vorher in seinen Werth umgesetzt haben würde. Es scheint mir nicht bezweifelt werden zu dürfen, daß diese letztere Auffassung die richtigere ist. — Sieht man nun auf den Inhalt der Quellen, so ergiebt sich Folgendes. 1) Auf der einen Seite stehen die in Note 13 genannten Stellen, welche mit vollkommener Unbedingtheit den Satz aussprechen, daß nach dem Verzug dem Schuldner auch die unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung nicht mehr zu Gute komme, und demgemäß dem Verzug die Wirkung einer „perpetuatio“ der Obligation zuschreiben. Diese Stellen weisen entschieden auf die erste der bezeichneten Auffassungen hin. 2) Von der anderen Seite ist aber auch die entgegengesetzte Auffassung nicht unvertreten. Es finden sich Stellen, in welchen der Zweifel nicht abgewiesen wird, ob der Schuldner auch dann verhaftet sei, wenn bei rechtzeitiger Leistung der Gläubiger den Leistungsgegenstand dennoch gegenwärtig nicht haben würde, bez. in welchen als Gegengewicht gegen diesen Zweifel auf die Möglichkeit des Verkaufes vor dem Verlust hingewiesen wird (l. 12 § 4 D. ad exh. 10. 4, l. 14 § 1 D. dep. 16. 3, l. 14 § 11 D. quod met. caus. 4. 2, l. 47 § 6 D. de leg. I° 30, l. 20 § 21 l. 40 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 15 § 3 D. de R. V. 6. 1). Ob dieß Letztere aber in dem Sinne geschieht, daß der Gläubiger nur dann Entschädigung solle fordern dürfen, wenn er beweise, daß er verkauft haben würde, oder ob durch diese Hinweisung jener Zweifel ohne Weiteres als beseitigt gelten soll, ist schwer zu entscheiden. Ich habe mich früher (Heidelb. krit. Zeitschr. II S. 556—558. III S. 263—265) für die erste Alternative ausgesprochen. Wenn ich jetzt meine Meinung zurücknehme, und mich für die zweite erkläre, so bestimmt mich dazu nicht die Betrachtung der vorerwähnten Stellen, in Beziehung auf welche ich auch jetzt noch der Meinung bin, daß sie eher für das Gegentheil sprechen, sondern vor Allem l. 3 § 3 D. de A. E. V. 19. 1. In dieser Stelle wird gesagt, daß bei einer nach dem Verzuge eingetretenen Preisminderung der Gläubiger den höheren Werth der Zeit des Verzugs solle fordern können. Eine Preisminderung begründet eine partielle Unmöglichkeit der Erfüllung (Unmöglichkeit der Leistung des Leistungsgegenstandes in gehöriger Qualität); — für die partielle Unmöglichkeit können keine anderen Grundsätze gelten, als für die totale: — die Preisminderung würde gerade so

3. Das Gesagte gilt auch für den Fall, wenn der Leistungsgegenstand nach dem Verzuge eine Preisminderung erleidet[17]. Trotz dem daß es bei derselben ohne Weiteres feststeht, sowohl daß der Schuldner an ihr nicht Schuld ist, als auch daß sie den Gläubiger ebenfalls betroffen haben würde, wenngleich ihm zur rechten Zeit geleistet worden wäre, muß der Schuldner dennoch Ersatz für den höheren Werth der Zeit des Verzuges geben, wenn er nicht nachweisen kann, daß der Gläubiger den Leistungsgegenstand, wenn er ihn damals erhalten hätte, auch bis jetzt behalten haben würde[18]. Derjenige, welcher einem Andern eine Sache widerrechtlich entzogen hat, ist

---

eingetreten sein, wenn zur rechten Zeit geleistet worden wäre; — davon daß der Gläubiger nur dann einen Entschädigungsanspruch haben solle, wenn er vor der Preisminderung verkauft haben würde, enthält die Stelle keine Spur; — eine andere von mir früher vorgeschlagene Erklärung (Heidelb. krit. Zeitschrift III S. 262) thut ebenfalls der Stelle zu viel Gewalt an, als daß sie auf Anerkennung rechnen dürfte: so sehe ich dieser Stelle gegenüber keinen Ausweg und halte dafür, daß es schwieriger ist, sie zu Gunsten der vorerwähnten Stellen zu beugen, als das Umgekehrte, obgleich freilich auch dieß nicht leicht ist. Dazu kommt noch l. 8 § 1 D. de cond. furt. 13. 1, welche mit der früher von mir vertretenen Ansicht nur dann vereinbar ist, wenn man den Juristen zu gleicher Zeit annehmen läßt, daß zwar die Werthsteigerung, nicht aber die Werthminderung, auch beim Gläubiger eingetreten sein würde. — Jedenfalls aber wird man auf Grund der bei Ziff. 2 erwähnten Stellen nicht umhin können, dem Schuldner wenigstens die Möglichkeit offen zu halten, nachzuweisen, daß der Gläubiger nicht verkauft haben würde. — Für das so gewonnene Resultat ist auch die herrschende Meinung; s. namentlich Savigny, Mommsen und Vangerow a. a. OO., Brinz 2. Aufl. II § 273 Note 6. [Dernburg II § 41 Note 2.] Für die Beweispflicht des Gläubigers in Betreff des Verkaufs sind Sintenis II § 93 Note 44 (daß der Gläubiger verkauft haben würde), Unger S. 132 Note 10 (Absicht und Gelegenheit des Verkaufs), Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 196—197 (Gelegenheit des Verkaufs), Kniep S. 45. 46 (daß der Gläubiger verkauft haben würde). Eine ganz unbedingte Verhaftung des Schuldners behaupten Madai S. 296 fg., Schilling in der Rec. des Madai'schen Buches krit. Jahrb. f. deutsche RW. Jahrg. 1838 S. 253. 254, Fritz Erläuter. II S. 359 fg. Eine Mittelmeinung (s. namentlich Puchta § 268. c, Sintenis II § 93 Anm. 45) will unbedingte Verhaftung wenigstens beim Verzuge in Folge eines Delictes eintreten lassen; s. dagegen Mommsen S. 197, Vangerow § 558 a. E. Vgl. noch Ernst (§ 276*) S. 39 fg.

[16] L. 8 § 1 D. de cond. furt. 13. 1, l. 3 D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 § 2 D. sol. matr. 24. 3, l. 108 § 11 D. de leg. 1° 30, l. 37 D. mand. 17. 1. Auch in diesen Stellen, wie in denen der Note 13, wird eine Beschränkung der Verhaftung des Schuldners nicht hervorgehoben.

[17] Savigny Syst. VI § 277, Mommsen § 21, Kniep II S. 59 fg. S. auch Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 253 fg.

[18] L. 3 § 3 D. de A. E. V. 19. 1; s. auch l. 37 D. mand. 17. 1, welche Stelle sich so allgemein ausdrückt, daß sie auf den Fall der Preisminderung mit bezogen werden kann. Die Beschränkung wird auch hier nicht hervorgehoben. Seuff. Arch. IV. 21. 22, XV. 10, XVIII. 219. Vgl. I. 37. 44.

sogar zum Ersatz des höchsten Werthes der Zwischenzeit verpflichtet[19]. Ist der Leistungsgegenstand ganz oder theilweise untergegangen, so kann der Gläubiger in gleicher Weise den höheren Werth der bezeichneten Zeitpunkte verlangen, nicht minder aber auch, wenn eine Preissteigerung eingetreten ist, den höheren Werth der Jetztzeit — das Letztere nur dann nicht, wenn der Schuldner beweisen kann, daß der Gläubiger nicht bis jetzt behalten haben würde[20].

4. Forderungsrechte, welche durch Privatbestimmung an eine Zeitdauer gebunden sind, gehen nach dem Verzug durch den Ablauf dieser Zeitdauer nicht unter[21].

---

[19] L. 8 § 1 D. de cond. furt. 13. 1; vgl. l. 50 pr. D. de furt. 47. 2. Von dieser Stelle gilt dasselbe, wie das in Note 18 von l. 37 D. mand. Gesagte. — Andere (s. z. B. Wolff S. 456, Puchta § 268. f, Arndts § 251. f) leiten aus diesen Stellen eine allgemeine Regel für alle Fälle des Verzugs her; s. dagegen Mommsen S. 208. 209, Sintenis § 93 Anm. 41. Seuff. Arch. II. 152, IX. 103, XI. 140, XII. 135, XIII. 240, XXVI. 115, XXVIII. 115.

[20] Der Gläubiger kann bei der Berechnung des ihm durch den Verzug zugefügten Nachtheils bis auf den Zeitpunkt hinabgehen, wo er Ersatz fordert (§ 258 Note 8). — Ist eine Preissteigerung bei noch vorhandenem Leistungsgegenstand eingetreten, so versteht es sich von selbst, daß der Schuldner für dieselbe keinen Abzug machen kann. Seuff. Arch. V. 263; II. 153, XV. 10. Für das classische römische Recht dagegen, welches nur eine Geldcondemnation kannte, war die Frage eine wohl aufzuwerfende, ob bei der Schätzung auch auf diesen höheren Werth der Jetztzeit Rücksicht zu nehmen sei. Sie wird bejahend beantwortet in l. 3 § 3 l. 21 § 3 D. de A. E. V. 19. 1. Die zuerst genannte Stelle enthält aber noch die weitere Bestimmung, daß der Kläger in gleicher Weise wie zwischen dem Werthe der Zeit, zu welcher hätte geleistet werden sollen, und der Zeit der Klage, so auch zwischen dem Werth des Ortes, an welchem hätte geleistet werden sollen, und des Ortes der Klage die Wahl habe. Diese Bestimmung hat mit der Nothwendigkeit der Geldcondemnation alle Grundlage verloren, und ist deßhalb heutzutage unanwendbar. Es ist nicht abzusehen, weßwegen heutzutage, wenn auf Wein (die l. 3 § 3 cit. handelt von einem Weinkaufe), der z. B. in Bordeaux hätte geliefert werden sollen, nach dem Verzuge des Schuldners in Lübeck geklagt wird, der Richter auf Leistung in Lübeck erkennen sollte. Ueber die verschiedenen Ansichten s. Madai S. 331, Mommsen S. 220, Windscheid S. 266, Wächter Erört. II S. 61, Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 257 fg., Kniep II S. 85 fg. Seuff. Arch. II. 157.

[21] Dies folgt aus dem Princip, und wird bestätigt durch l. 3 § 1. 2 D. de adim. 34. 4 (a. M. Mommsen S. 266, Brinz § 273 Note 8), freilich nicht auch (wie Madai S. 402, Fritz Erläuter. II S. 367, Unterholzner S. 122 annehmen) durch l. 59 § 5 D. mand. 17. 1. — Dagegen wird der Ablauf der gesetzlichen Anspruchsverjährung durch den Verzug nicht unterbrochen, und ebensowenig werden die an das Leben einer der Parteien kraft gesetzlicher Bestimmung gebundenen Forderungsrechte durch den Verzug vererblich. Das Erste darf mit Sicherheit aus dem Schweigen der Quellen geschlossen werden; bei der Genauigkeit, mit welcher dieselben die Erfordernisse der Unterbrechung der Anspruchsverjährung bestimmen (§ 107), würden sie die Mahnung gewiß nicht übergangen haben, wenn sie der Ansicht gewesen wären, daß durch dieselbe die Verjährung auch nur indirect ausgeschlossen werde. Was das Zweite angeht, so war in

d. Aufhebung*.

§ 281.

Der Verzug hört auf:

1) dadurch, daß der Schuldner seiner Verpflichtung nachkommt und dem Gläubiger gehörige Leistung anbietet[1], wozu aber auch gehört, daß er dem Gläubiger mit anbiete, worum seine Verpflichtung durch den Verzug gesteigert worden ist[2];

2) dadurch, daß der Gläubiger aufhört, auf sofortiger Leistung zu bestehen, indem er dem Schuldner eine Frist bewilligt[3], oder in sonstiger Weise von dem Verlangen sofortiger Leistung Abstand nimmt[4].

---

früheren Auflagen dieses Lehrbuchs — gegen die herrschende Meinung — das Gegentheil behauptet worden — auf Grund des Princips. Aber in Betreff der Verjährung jedenfalls ist das römische Recht vom Princip abgewichen, und was sonst noch in früheren Auflagen für das Vererblichwerden der Forderungsrechte durch den Verzug angeführt worden war, nämlich daß der Uebergang auf die Erben bei der Dotalforderung bezeugt sei (Ulp. VI. 7, fr. Vat. § 95. 97. 112), möchte sich bei näherer Betrachtung eher als Ausnahme von der Regel der Unvererblichkeit, denn als Ausdruck der Regel der Vererblichkeit, somit eher als Gegenbeweis gegen die Regel der Vererblichkeit, denn als Beweis für dieselbe, herausstellen. Denn bei der Dotalforderung genügt zur Herbeiführung des Verzugs auch, gegen die Regel, die Mahnung durch einen nicht autorisirten Vertreter (fr. Vat. § 112. 334); der Gedanke, daß auch in der der Mahnung zugeschriebenen Wirkung für die Vererblichkeit eine besondere Begünstigung der Dotalforderung enthalten sei, ist also ein sehr nahe liegender.

* Madai § 66—68, Wolff § 45-47, Mommsen § 33—35.

§ 281. [1] L. 91 § 3 l. 73 § 2 D. de V. O. 45. 1, l. 18 [17] D. de per. 18. 6, l. 26 D. sol. matr. 24. 3, l. 72 § 1 D. de sol. 46. 3; l. 72 § 2 eod., l. 8 pr. D. de cond. furt. 13. 1, l. 2 C. de cond. furt. 4. 8. Die Quellen sprechen in diesem Falle von purgatio oder emendatio morae. Seuff. Arch. XII. 256, XVIII. 220.

[2] Mommsen S. 323. 324. Auch hierauf bezieht sich ohne Zweifel die l. 91 § 3 D. de V. O. 45. 1: — „esse enim hanc quaestionem de bono et aequo". Ist Verzicht auf das Recht, den Verzug durch gehörige Anbietung zu beseitigen, zuläsig? Dagegen Mommsen S. 326; dafür Madai S. 497. Windscheid Heid. krit. Zeitschr. III S. 276. — Durch den Beginn des Processes wird dieses Recht nicht verloren, wie man auf Grund von l. 84 D. de V. O. 45. 1, l. 17 D. de pec. const. 13. 5 behauptet hat. Mommsen S. 328, Wächter Erört. III S. 26. 40.

[3] Von diesem Fall handelt l. 54 D. de pact. 2. 14. Vgl. über diese Stelle Mommsen S. 329 Note 1, Kniep Einfluß der bedingten Novation auf die Obl. S. 104—106, Windscheid krit. VJSchr. II S. 245 unten, Römer bedingte Novation S. 216—220, Brinz § 274 Note 20. Römer leugnet, daß der Verzug durch eine Fristbewilligung beendigt werde. Kniep a. a. O. (vgl. noch S. 116. 117) behandelt die Frage als eine Auslegungsfrage, ebenso, wie es scheint, auch Brinz.

[4] Hierher gehört unter Anderem auch der Fall, wo der Schuldner sich hinterher bereit erklärt, vor den Richter zu gehen, dann aber der Gläubiger die Klage nicht erhebt. Daß dadurch der Verzug aufhört, ist unzweifelhaft; aber man

3. Der Verzug, welcher zu Gunsten des minderjährigen Gläubigers ohne Mahnung eingetreten ist, hört auf mit der Großjährigkeit des Gläubigers[5]. In analoger Weise ist zu entscheiden in Betreff des Verzuges, welcher gegen den Abwesenden (§ 278 Ziff. 4) ohne Mahnung eingetreten ist[6]. Daß endlich

4) der Verzug auch aufhört, wenn das Forderungsrecht selbst aufhört, versteht sich von selbst[7]. Durch das Aufhören des Forderungsrechts wird aber nicht bloß bewirkt, daß der Schuldner fortan nicht mehr in Verzug sei, sondern es wird dadurch der Schuldner auch von derjenigen Steigerung seiner Verbindlichkeit befreit, welche der Verzug bereits erzeugt hat[8]. Dieß nur dann nicht, wenn der Gläubiger bei der Leistungsannahme sich die Verzugsrechte ausdrücklich oder stillschweigend vorbehalten hat[9].

F. Ort der Leistung*.

§ 282.

Der Ort der Leistung kann möglicherweise durch die Natur der Leistung in der Weise bestimmt sein, daß Leistung an einem andern

---

darf sich dafür nicht auf l. 32 § 1 l. 47 D. h. t. berufen. (Diese Stellen handeln von dem Fall, wo der Schuldner auf geschehene Mahnung sich sogleich zur Uebernahme des Processes bereit erklärt, dann aber der Gläubiger „omittit repetendi debiti instantiam"; in welchem Falle keine rechte Mahnung vorliegt, und der Schuldner in Verzug gar nicht kommt.) Dem Schuldner gegenüber, welcher durch Delict in Verzug ist, schadet die Nichterhebung des Processes nicht, l. 20 D. cond. furt. 13. 1, vgl. l. 19 D. de vi 43. 16.

[5] L. 37 § 1 D. de leg. II° 31 (§ 278 Note 11.)

[6] Mabai S. 224; a. M. Mommsen S. 320 Note 2 [und Dernburg II § 42 Note 4]. In l. 32 § 1 D. h. t. findet dieser Satz freilich keine Stütze.

[7] Im Besonderen von der Aufhebung des Forderungsrechts durch Novation: l. 8 pr. D. de nov. 46. 2, l. 17 D. de cond. furt. 13. 1; über l. 29 § 1 D. de V. O. 45. 1 s. Liebe Stipulation S. 286 fg., Mommsen S. 331 Note 4, Windscheid krit. Ueberschau II S. 246, Kniep (s. unten) S. 77—94, Römer (s. unten) S. 147—159, Salkowski (s. unten) S. 291—303. Bedingte Novation: l. 14 pr. l. 31 pr. D. de nov. 46. 2, l. 72 § 1—3 D. de sol. 46. 3, l. 56 § 8 D. de V. O. 45. 1. Vgl. (für Beides, bedingte und unbedingte Novation) Kniep Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Novation S. 31 fg. und dazu Windscheid krit. VJSchr. II S. 242 fg., Römer die bedingte Novation S. 142 fg. und dazu H. Witte krit. VJSchr. VI S. 48—52, v. Salpius Novation und Delegation S. 152 fg., Salkowski zur Lehre von der Novation S. 285 fg. 458 fg., Vangerow 7. Aufl. III § 619 Anm. 2.

[8] Denn der Verzug erzeugt nicht ein neues Forderungsrecht, sondern bewirkt nur eine besondere Gestaltung des ursprünglichen. Vgl. Römer a. a. O. S. 163 fg. A. M. Salkowski a. a. O. S. 303—304, [Dernburg II § 42 Note 5. Vgl. (in diesem Lehrbuch) § 259 Note 10 a. E.].

[9] Ueber die Ansicht, welche dem Vorbehalt diese erhaltende Kraft nicht beilegt, s. § 259 Note 10. Wolff S. 505 fg. und Mommsen S. 330—331 schreiben

Orte nicht möglich ist[1]; es versteht sich von selbst, daß dann auch die Verpflichtung des Schuldners nur auf diesen Ort geht. Der Ort der Leistung kann ferner durch die Willkür der Parteien bestimmt sein; dann ist der Schuldner an einem andern Ort als dem bestimmten zu leisten weder verpflichtet[2] noch berechtigt[3]. Eine solche Bestimmung braucht nicht mit ausdrücklichen Worten getroffen zu sein; es genügt, daß die Auslegung sie als gewollt anerkenne[4]. Ist ein Leistungsort nicht bestimmt, so ist

1) der Schuldner verpflichtet zu leisten an jedem Ort, an welchem

---

dem Vorbehalte nur die Wirkung zu, dem Gläubiger eine naturalis obligatio zu erhalten. Irrig auch Windscheid Heid. krit. Zeitschr. III S. 277.

* Reatz die Lehre vom Erfüllungsort (1862). Schulin zur Lehre vom Erfüllungsort und vom Gerichtsstand der Obligationen nach römischem Recht (1879). Darüber Brinz krit. VJSchr. XXII S. 201—205. Unterholzner I § 108, Savigny Syst. VIII § 370. Obl. I § 49, Sintenis II § 92. Vgl. auch Gruchot die Lehre von der Zahlung der Geldschuld (Berlin 1871) S. 172—181.

§ 282. [1] So namentlich bei allen Leistungen factischer Natur, welche sich auf unbewegliche Sachen beziehen.

[2] § 33 I. de act. 4. 6, l. 47 pr. § 1 D. de leg. I° 30. — Bei den Römern ergab sich in diesem Falle unter Umständen eine Schwierigkeit aus dem Satze, daß der Judex nur auf den Ort des Gerichtes verurtheilen konnte. Wurde daher an einem andern, als dem bestimmten Orte geklagt, und die der Obligation entsprechende Formel war nicht so weit, daß sie dem Judex die Befugniß gewährte, den Unterschied zwischen dem Werth der Leistung an dem festgesetzten Orte und ihrem Werthe am Gerichtsorte in Anschlag zu bringen, so konnte der Judex gar nicht verurtheilen. In einem solchen Falle half aber der Prätor durch eine actio arbitraria (s. g. actio de eo quod certo loco), durch welche er dem Judex die ihm an und für sich fehlende Reductionsbefugniß dennoch gewährte. Dig. 13. 4, Cod. 3. 18. Es liegt auf der Hand, daß diese actio arbitraria heutzutage ohne alle Bedeutung ist. Heutzutage wird, wo auch geklagt werden mag, auf den festgesetzten Leistungsort verurtheilt, und eine Schätzung tritt nach allgemeinen Grundsätzen nur dann — und nur zu Gunsten des Gläubigers — ein, wenn der Schuldner im Verzuge oder die Leistung unmöglich ist. Wächter Erörterungen II S. 122 Note 119. Ueber das römische Recht s. dens. das. S. 58—61, ferner: Bethmann-Hollweg Versuche S. 47—45. Treptow die Lehre von der actio de eo quod certo loco. Greifswald 1875. M. Cohn die sogenannte actio de eo quod certo loco. Berlin 1877. (Ueber die beiden letztgenannten Schriften Pernice Literar. Centralblatt 1877 S. 994 fg.) Lenel Beiträge zur Kunde des prätorischen Edicts S. 55 fg. (1878). Puntschart Anzeige der Schrift von Cohn, Grünhut's Zeitschr. VI S. 612 fg. (1879). Cohn Anzeige der Schrift von Lenel, krit. VJSchr. XXIV S. 31 fg. (1882). Lenel Edictum perpetuum S. 191 fg. (1883). Vgl. auch Brinz 2. Aufl. II S. 332 fg. Alternative Bestimmung des Ortes: l. 2 § 3 D. de eo quod certo loco 13. 4; vgl. darüber die bei § 255 Note 11 Citirten.

[3] L. 2 § 7 l. 9 D. de eo quod certo loco 13. 4, l. 122 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 9 C. de sol. 8. [42] 43. Reatz S. 15. 20. (Zu l. 122 pr. cit. vgl. auch Cohn a. a. O. S. 96 fg.)

[4] L. 47 pr. D. de leg. I° 30: — „ubi testator voluit, vel ubi verisimile est, eum voluisse“. § 1 eod.: — „nisi alia mens fuit testantis“. L. 50 pr.

im Fall der Weigerung der Gläubiger gegen ihn eine Verurtheilung zu erlangen vermag und wirklich erlangt[5]. Diese Regel erleidet jedoch Ausnahmen. a. Wenn die Forderung auf Uebergabe oder Vorweisung einer individuell bestimmten Sache oder Quantität gerichtet ist, so braucht der Schuldner nur an dem Orte zu leisten, wo der Leistungsgegenstand sich befindet, jedoch mit der doppelten Maßgabe, einmal

l. 52 § 1. 2 D. de iud. 5. 1. Vgl. Savigny Syst. VIII S. 214—226, Reatz § 3. Im Besonderen läßt sich nicht ohne Grund annehmen, daß beim Leihvertrage die Absicht der Contrahenten auf ein Zurückbringen der geliehenen Sache gehe. Vgl. l. 12 § 1 D. comm. 13. 6. [Seuff. Arch. XLII. 25. 103.] — HGB. Art. 324 Abs. 1. „Die Erfüllung des Handelsgeschäftes muß an dem Orte geschehen, welcher im Vertrag bestimmt oder nach der Natur des Geschäftes oder der Absicht der Contrahenten als Ort der Erfüllung anzusehen ist".

[5] Die Quellen sagen, die Leistung müsse an demjenigen Orte gemacht werden, an welchem auf dieselbe geklagt werde. L. 38 D. de iud. 5. 1, l. 47 § 1 D. de leg. I° 30, l. 1 D. de annuis 33. 1; l. 11 § 1 D. ad exh. 10. 4, l. 12 § 1 D. dep. 16. 3, l. 47 pr. D. de leg. I° 30; vgl. l. 22 D. de R. C. 12. 1, l. 4 D. de cond. trit. 13. 3. An welchem Orte kann aber der Gläubiger die Leistung ohne Klage fordern, mit der Wirkung, daß die Verweigerung der Leistung an diesem Orte Unrecht ist, und der Schuldner dadurch in Verzug kommt? Die Quellen beantworten diese Frage nicht ausdrücklich; man muß annehmen, daß sie die Beantwortung derselben für selbstverständlich gehalten haben. Daraus ergibt sich die im Text aufgestellte Regel. Der Gläubiger kann Leistung an jedem Orte verlangen, an welchem ein Gerichtsstand des Schuldners begründet ist; erhebt er aber Klage gegen den die Leistung an diesem Orte verweigernden Schuldner nicht an diesem Orte, sondern an einem andern Orte, an welchem der Schuldner ebenfalls seinen Gerichtsstand hat, so liegt darin ein Verzicht auf die Beschaffung der Leistung an dem zuerst bezeichneten Orte, so daß das Unrecht, welches der Schuldner durch die Weigerung begangen hat, wieder aufgehoben wird, und er nie im Verzuge gewesen ist. A. M. Cohn a. a. O. (der Gläubiger könne den Erfüllungsort nur durch Klage bestimmen); [ebenso Dernburg II § 32 Note 5.] — Wächter Erört. II S. 123, Mommsen Beitr. III S. 224—226, Reatz S. 25 fg. 74 fg. halten die römische Regel für unanwendbar. Ihre Gründe scheinen mir nicht überzeugend. In Betreff des Ortes, welcher heutzutage an die Stelle des Klageortes zu treten habe, stellen die beiden ersten Schriftsteller eine Regel nicht auf. Reatz bezeichnet als diesen Ort bei Obligationen zum Vortheil des Gläubigers den Wohnort des Schuldners, bei Obligationen zum Vortheil des Schuldners (S. 83 fg.) das „Quasi-Domicil" bez. den „Bestimmungsort" des zu Leistenden (auf Grund von f. 62 [61] § 5 D. de furt. 47. 2, l. 7 D. test. quemadm. 29. 3). Dabei hält er dafür, das Kauf-, Mieth- und Darlehnsvertrag als zum Vortheil des Käufers, Miethers und Darlehnsempfängers abgeschlossen anzusehen seien (S. 94 fg.). Ueber den Erfüllungsort bei Obligationen, bei welchen „kein Theil einen Vortheil hat", handelt Reatz § 22. — HGB. Art. 324 Abs. 2. „Fehlt es an diesen Voraussetzungen (Note 4), so hat der Verpflichtete an dem Orte zu erfüllen, an welchem er zur Zeit des Vertragsabschlusses seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnort hatte". Nur Geldzahlungen soll umgekehrt der Schuldner dem Gläubiger an dessen Handelsniederlassungs- oder Wohnort auf seine (des Schuldners) Gefahr und Kosten übermachen müssen (Art. 325). Diese Bestimmungen sind wiederholt für den Kaufvertrag in Art. 342. — Seuff. Arch. VII. 292, X. 24.

daß dieser Vortheil ihm nicht zu Gute kommt, wenn er den Leistungsgegenstand unredlicherweise an einen andern Ort gebracht hat, und sodann daß er jedenfalls genöthigt werden kann, den Leistungsgegenstand, wenn der Gläubiger es verlangt, auf dessen Gefahr und Kosten an denjenigen Ort zu schaffen, an welchem der Gläubiger ihn gemäß der Regel fordern kann[6]. b. Vermächtnisse brauchen nur an dem Orte ausgezahlt zu werden, wo sich der größere Theil der Erbschaft befindet[7].

2. Was die Berechtigung des Schuldners angeht, sich, wenn ein Leistungsort nicht festgesetzt ist, durch Leistung an einem bestimmten Ort zu befreien, so darf der Schuldner, wenn er das zu Leistende dem Gläubiger zu bringen hat, an jedem Orte leisten, wo er den Gläubiger findet, vorausgesetzt daß der Ort kein unpassender ist[8]; hat der Gläubiger zu holen, so darf der Schuldner an seinem Wohnort leisten[9].

---

[6] L. 38 D. de iud. 5. 1, l. 11 § 1 D. ad exh. 10. 4, l. 12 § 1 D. dep. 16. 3, l. 26 § 1 l. 47 pr. § 1 l. 108 pr. D. de leg. I° 30. S. ferner l. 1 § 3 l. 2 pr. l. 4 § 2 l. 5 D. de per. et comm. 18. 6, l. 9 D. de A. E. V. 19. 1. Auch l. 3 § 4 D. eod. gehört wohl hierher, da unter „vinum quod a Brundusio venit" kaum etwas Anderes verstanden werden kann, als: in Brundusium lagernder Wein (vgl. übrigens Mommsen Beitr. III S. 217, Reatz S. 44—46). Bei stricti iudicii actiones hatte der Schuldner diesen Vortheil nicht, l. 12 § 1 dep. *cit.*, l. 137 § 4 D. de V. O. 45. 1. Mommsen S. 215—218, Reatz § 9—11. 13—18, Schulin S. 4—26. Wenn der letztere Schriftsteller dem Gläubiger für gewisse Fälle auch das Recht gibt, die Sache an dem Orte zu fordern, wo sie sich zur Zeit der Begründung der Obligation befunden habe, so scheint er das auf den Begründungswillen zurückzuführen. Ueber andere Unterscheidungen, welche er macht, s. Brinz a. a. O. Reatz behauptet (§ 17), daß heutzutage der Gläubiger Transport der Sache (auf seine Gefahr und Kosten) an einen beliebigen von ihm zu bezeichnenden Ort verlangen könne. Derselbe Schriftsteller gibt (S. 82 unten) dem Gläubiger das Recht, Zusendung auf seine Gefahr und Kosten zu verlangen, auch in Betreff generisch bestimmter Sachen, namentlich also auch in Betreff verkaufter nicht individuell bestimmter Quantitäten (S. 103 fg.). Dagegen Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 421. 427—428. — HGB. Art. 324 Abs. 2 a. E. (vgl. Note 4. 5): „Wenn jedoch eine bestimmte Sache übergeben werden soll, welche sich zur Zeit des Vertragsabschlusses mit Wissen der Contrahenten an einem andern Ort befand, so geschieht die Uebergabe an diesem Orte". Seuff. Arch. IV. 91.

[7] L. 50 pr. D. de iud. 5. 1, l. un. C. ubi fideic. 3. 17, vgl. l. 52 § 3 D. de iud. In diesen Stellen wird der im Text genannte Satz nur für Fideicommisse anerkannt; es ist wohl keinem Zweifel unterworfen, daß die in denselben vertretene freiere Entwickelung im Sinne des Justinianischen Rechts als für Vermächtnisse überhaupt geltend angesehen werden muß. Bethmann-Hollweg Vers. S. 48 Note 110, Mommsen S. 217 Note 11, Reatz S. 80. [Salkowski Forts. v. Glück XLIX S. 411—417.]

[8] L. 39 D. de solut. 46. 3: — „quid enim si inopportuno . . loco obtulerim?" Etwa, es wird dem Gläubiger angeboten, während er sich auf einer Vergnügungsreise befindet.

[9] Auszugehen ist davon, daß die Unbestimmtheit des Forderungsrechts in

G. Steigerung der Macht des Gläubigers.

1. Ueberhaupt.

§ 283.

Die dem Gläubiger durch das Forderungsrecht gewährte Macht kann in künstlicher Weise gesteigert werden: 1) durch den Eid des Schuldners; 2) dadurch, daß der Schuldner die Erfüllung seiner Verbindlichkeit noch einmal verspricht; 3) durch Festsetzung einer Strafe für den Fall der Nichtleistung (s. g. Conventionalstrafe); 4) durch Verknüpfung eines Pfandrechts mit der Forderung; 5) durch Herbeiziehung eines Dritten, welcher auf dieselbe Leistung haftet. Die Steigerung, welche der Eid des Schuldners der Macht des Gläubigers gewährt, ist nicht von rechtlicher, sondern nur von factischer Natur, insofern der Schuldner durch den Eid in seinem Gewissen gebunden wird; die Frage, ob ein an und für sich ungültiges Versprechen durch einen hinzugefügten Eid zu einem gültigen gemacht wird, gehört nicht hierher (s. I § 83a). Vom Pfandrecht ist bereits oben gehandelt worden (I § 224 fg.), von der Herbeiziehung eines ferneren Verpflichteten wird unten gehandelt werden (§ 476 fg.). Vom Erfüllungsversprechen und von der Conventionalstrafe ist hier zu handeln.

2. Erfüllungsversprechen*.

§ 284.

Wenn der Schuldner die Erfüllung seiner Verbindlichkeit dem Gläubiger noch einmal verspricht[1], so hat der Gläubiger zwei For-

---

Beziehung auf den Leistungsort, sobald der Gläubiger von seinem Rechte, denselben zu bestimmen, keinen Gebrauch macht (Note 5), dem Schuldner zu Gute kommen muß; daher die Regel zu Note 8. Von der andern Seite hat der Gläubiger, wenn er zu holen hat, nicht überhaupt zu holen, sondern beim Schuldner zu holen, und der Schuldner befindet sich für das Recht da, wo er seinen Wohnsitz hat. Derselbe Gegensatz, wie zwischen Bringen und Holen, macht sich da geltend, wo das Forderungsrecht auf Verrichtung einer Arbeit gerichtet ist: hat der Schuldner sich zur Verrichtung der Arbeit beim Gläubiger einzustellen, oder hat der Gläubiger die Arbeit beim Schuldner abzunehmen? Alles Vorstehende natürlich immer unter der Voraussetzung, daß auch nicht stillschweigend ein Leistungsort bestimmt sei. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Puchta § 246. i und Vorl. dazu, Sintenis II S. 174—176, Savigny Oblig. I S. 514—516, Mommsen Beiträge III S. 223—224, Reatz S. 21 fg., Cohn a. a. O. S. 103 fg.

* Dig. 13. 5 de pecunia constituta. Cod. 4. 18 de constituta pecunia. — Bruns das constitutum debiti, Zeitschr. f. RGesch. I S. 28 fg. (1861). Götz Verhandlungen des 8. deutschen Juristentages I S. 312—320 (1869). Glück XIII S. 361—425: Unterholzner II § 761—764, Sintenis II S. 310—314.

derungsrechte auf eine und dieselbe Leistung, von denen aber jedes durch die Erfüllung des andern getilgt wird[2]. Immerhin ist es für den Gläubiger nicht ohne praktischen Werth, daß er auf die geschuldete Leistung ein zweites Forderungsrecht hat[3]. Es kann jetzt das ursprüngliche untergehen, ohne daß er das Recht auf die Leistung verliert[4]. Von der anderen Seite darf man freilich nicht sagen, daß das neue Forderungsrecht den Untergang des ursprünglichen in allen Fällen überdauere; es kommt auf die Natur und Tragweite der betreffenden Aufhebungsthatsache an[5]. Ein anderer Vortheil, welchen das Erfüllungsversprechen dem Gläubiger zu gewähren vermag, ist von specieller Art: der Correalgläubiger schließt dadurch, daß er von dem Schuldner ein Erfüllungsversprechen erlangt, seinen Mitgläubiger von dem Forderungsrecht aus[6].

Das Erfüllungsversprechen setzt eine bestehende Schuld voraus;

Vgl. auch Schloßmann zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge S. 80—85 (1868). (Ueber die actio recepticia [l. 2 C. h. t., § 8 I. de act. 4. 6] vgl. Bruns a. a. O. S. 83 fg., Lenel Zeitschr. der Sav.-Stift. II S. 62 fg., Bekker das. III S. 1 fg.) [Die Abhandlung von G. Kappeyne van de Copello über constituta pecunia in: Abhandlungen zum röm. Staats- und Privatrecht, mit herausgegeben von M. Conrat, Stuttgart 1885, ist rechtshistorischen Inhalts (im klassischen Recht habe das constitutum keine Klage auf Leistung erzeugt; seine Bedeutung sei nur die gewesen, den Versprechenden zur sponsio dimidiae partis (Gai. IV. 171) zu nöthigen; aus dieser sponsio sei eine formula zugleich mit einer andern formula aus der Hauptschuld gegeben worden). Vgl. über diese Abhandlung Baron krit. VJSchr. XXVIII S. 290 fg., Pfersche Grünhut's Zeitschr. XIV S. 173 fg. Eine andere rechtshistorische Betrachtung bei Karlowa Grünhut's Zeitschr. XVI S. 448 fg.]

§ 284. [1] Das römische Recht gewährte aus einem Erfüllungsversprechen ein Klagerecht auch ohne Stipulationsform. Die technische Bezeichnung des römischen Rechts für das (formlose) Erfüllungsversprechen ist constitutum (constituere se soluturum, constituere debitum, constituere decem, constituere Stichum *etc.*, Bruns § 1).

[2] L. 18 § 3 D. h. t.

[3] Bruns S. 105—109.

[4] So z. B. durch Verjährung, l. 18 § 1 D. h. t. (Bruns a. a. O. und S. 71—73, Seuff. Arch. XXX. 15, XXXIV. 35); durch den Tod des Gläubigers oder Schuldners (Bruns S. 107). Ferner gehört der Fall hierher, wenn bei der actio de peculio das Peculium, oder bei einer Forderung, welche eine Bereicherung voraussetzt, die Bereicherung wegfällt oder schwindet (l. 1 § 8 l. 19 § 2 l. 20 D. h. t.). Vgl. auch l. 28 D. de nov. 46. 2. [A. M. Dernburg II § 69 a. E. „Konstitute im röm. Sinn sind dem heutigen Verkehr fremd . . . Wer eine Schuld zu zahlen verspricht, beabsichtigt nur zu leisten, was zur Zeit der künftigen Zahlung, nicht was zur Zeit des Versprechens geschuldet wird". Ohne Beweis.]

[5] Vgl. l. 3 D. de resc. vend. 18. 5, l. 36 D. de iurei. 12. 2. S. § 301 Note 4—7.

[6] L. 10 D. h. t. Vgl. § 296 Note 2.

ist eine Schuld nicht vorhanden, so ist es nichtig[7]. Ebenso gehen die rechtlichen Beschränkungen der alten Schuld auf die durch das Erfüllungsversprechen begründete neue über[8]; es müßte denn das Gegentheil ausdrücklich oder stillschweigend ausgemacht sein.

Uebrigens braucht das Erfüllungsversprechen nicht genau auf die geschuldete Leistung gerichtet zu sein. Es kann an dem Inhalt oder der Modalität derselben etwas, zu Gunsten des Gläubigers oder des Schuldners, ändern[9]. Nur wenn das Erfüllungsversprechen auf Mehr geht, als der Schuldner schuldig ist, ist es kein Erfüllungsversprechen mehr, sondern Begründung einer auch materiell neuen Schuld[10]. Geht das Erfüllungsversprechen nicht genau auf die geschuldete Leistung, so liegt es möglicherweise in der Absicht der Parteien, daß durch dasselbe das bestehende Forderungsrecht aufgehoben werden soll[11]. Ist dieß nicht der Fall, so kann jedenfalls das alte Forderungsrecht nicht mehr in Widerspruch mit dem in dem Erfüllungsversprechen erklärten Willen der Parteien geltend gemacht werden[12].

---

[7] L. 1 § 1 l. 18 § 1 l. 3 § 1 D. h. t.; l. 1 § 5. 8 l. 11 § 1 l. 12 l. 24 eod. Bestehen einer Schuld ist für das Erfüllungsversprechen eine durch den Inhalt des Versprechens gegebene Bedingung, nicht bloße Voraussetzung. L. 31 D. h. t. Es reicht aber eine natürliche Verbindlichkeit hin, l. 1 § 7 D. h. t., jedoch nicht jede (s. § 288 Note 4 und § 289). Ob die Verbindlichkeit an und für sich nicht vorhanden oder durch Einrede entkräftet ist, macht keinen Unterschied, l. 3 § 1 D. h. t. (a. M. Seuff. Arch. XVI. 91). — Mit dem Erfüllungsversprechen kann eine Anerkennung der Schuld, deren Tilgung versprochen wird, verbunden sein; aber nothwendig ist dieß nicht. Bruns S. 77—78. 93—94; vgl. Bähr Anerkennung S. 170—171.

[8] So namentlich die dem Schuldner zustehende Rechtswohlthat der Lebensnothdurft, l. 3 pr. D. h. t., l. 33 pr. D. de don. 39. 5. Vgl. l. 8 D. de iud. 5. 1, mit welcher Stelle l. 5 § 1 D. h. t. dadurch zu vereinigen ist, daß die letztere Stelle auf ein Versprechen, in Rom zu zahlen, bezogen wird.

[9] L. 1 § 5 D. h. t. (Getreide für Geld), l. 25 pr. eod. (einer der mehreren alternativ geschuldeten Gegenstände), l. 8 l. 30 eod. (Hinzufügung oder Wegnahme eines solutionis causa adiectus, vgl. l. 59 D. de sol. 46. 3, Bruns S. 82 Note 75), l. 4 l. 5 pr. l. 16 § 1 eod. (andere Zeit und anderer Ort der Leistung), l. 3 § 2 D. h. t. (Verwandelung des Fälligkeitstermins in einen Leistungstermin).

[10] Nach römischem Rechte war es in diesem Falle klaglos. L. 1 § 1 l. 11 § 1 l. 12 l. 24 D. h. t.

[11] Das Erfüllungsversprechen bewirkt möglicherweise eine Novation, aber nicht nothwendigerweise. L. 28 D. h. t., l. 15 D. de in rem verso 15. 3. Bruns S. 80. 115—117. A. M. Kuntze die Obligation § 48.

[12] L. 25 pr. D. h. t. „Illud aut illud debuit, et constituit alterum: an vel alterum, quod non constituit, solvere possit, quaesitum est? Dixi non esse audiendum, si velit hodie fidem constitutae rei frangere". Bruns S. 81.

Das Erfüllungsversprechen kann auch durch einen Andern als den Schuldner[13], und zu Gunsten eines Andern als des Gläubigers[14], abgegeben werden. Beide Anwendungen desselben gehören nicht hierher[15].

3. Conventionalstrafe*.

§ 285.

Eine Conventionalstrafe ist eine Strafe, welche der Schuldner dem Gläubiger für den Fall der Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit verspricht. Eine Conventionalstrafe kommt am häufigsten vor bei vertragsmäßig begründeten Forderungsrechten, und zwar in der Weise, daß sie sogleich bei Abschluß des Vertrages versprochen wird. Sie kann aber auch nach bereits begründetem Forderungsrecht versprochen werden, und nicht bloß wenn das Forderungsrecht ein vertragsmäßiges ist.

1. Wann verfällt die Strafe? Geht das Forderungsrecht auf ein Unterlassen, so verfällt die Strafe, sobald der Schuldner thut, was er nach Inhalt seiner Verbindlichkeit nicht thun soll[1]. Geht das Forderungsrecht auf ein Thun, und für das Thun ist eine bestimmte Zeit vorgeschrieben, so verfällt die Strafe, sobald diese Zeit verstrichen ist, ohne daß der Schuldner gethan hat; Mahnung ist nicht erforderlich[2]. Ist für das Thun eine bestimmte Zeit nicht vorgeschrieben, so

---

[13] Constitutum debiti alieni. L. 2 l. 5 § 2—4 l. 26—28 D. h. t. Bruns S. 97—101.

[14] L. 5 § 2. 6. 7 l. 7 § 1 D. h. Bruns S. 101—102.

[15] Im ersten Falle liegt Hereinziehung eines andern Verpflichteten, im zweiten keine Steigerung der Macht des Gläubigers vor.

* Unterholzner I § 122. 123, Savigny Obl. II § 80, Vangerow III § 614, Sintenis II S. 109—120, Holzschuher III S. 344—350. Wolff zur Lehre von der Mora S. 36 fg. Liebe Stipulation § 24. v. Salpius Novation und Delegation S. 239—243. Salkowski zur Lehre von der Novation S. 194—213. Randa (cit. bei § 259*) S. 31 fg. Manns von der Conventionalstrafe. Erster Theil 1876. (Bezieht sich hauptsächlich auf die unten unter Ziff. 4 behandelte Frage.) Wendt Jahrb. für Dogm. XXII S. 398 fg. (1884). Nauenfeldt Ist die Conventionalstrafe ihrem Grundprincipe nach Strafe oder Ersatzleistung? Berlin 1885. [v. Nettelbladt der Strafvertrag nach gem. R. Ludwigslust 1886. Darüber Bähr krit. VJSchr. XXVIII S. 578 fg.]

§ 285. [1] L. 122 § 6 D. de V. O. 45. 1.

[2] L. 23 D. de O. et A. 44. 7, l. 12 C. de contr. stip. 8. 37, vgl. l. 23 pr. D. de rec. 4. 8. Seuff. Arch. IX. 32, XXXI. 131, [XLIV. 95]; s. aber auch XIV. 134. Wie ist es, wenn es sicher ist, daß dasjenige, was gethan werden soll, bis zu der bestimmten Zeit nicht mehr vollbracht werden kann, verfällt dann die Strafe sogleich? S. einerseits l. 113 pr. D. de V. O. 45. 1, andererseits l. 124 eod., l. 10 § 1 D. si quis caut. 2. 11. Vereinigung: die Strafe ist sogleich verfallen in dem Sinne, daß die Verbindlichkeit zur Leistung

kommt es auf den Sinn des Strafversprechens an. Möglicherweise ist sein Sinn, daß die Strafe verfallen solle, wenn der Schuldner auf Anfordern des Gläubigers nicht leiste[3]; im Zweifel wird aber als Sinn des Strafversprechens anzunehmen sein, daß die Strafe verfallen solle, wenn nicht sofort geleistet werde[4]. Jedoch darf auch in diesem letzteren Falle nicht nur dieses „sofort" nicht buchstäblich genommen werden[5], sondern es kann sich auch der Schuldner durch Nachholung der Leistung bis zum Beginn des Processes immer noch von der Strafe befreien[6]. Möglicherweise endlich kann die Meinung der Vertragschließenden die sein, daß der Schuldner leisten dürfe, wann er wolle, und daß die Strafe nur dann verfallen solle, wenn die Leistung überhaupt nicht erfolge; in diesem Falle kann die Strafe nicht eher gefordert werden, bis es sicher geworden ist, daß die Leistung nicht erfolgen wird[7].

2. Theilweise Erfüllung wendet weder den Verfall der Strafe überhaupt, noch den Verfall der ganzen Strafe ab; es müßte denn ersichtlich sein, daß die Parteien das Gegentheil gewollt haben[8].

3. Wird dem Schuldner die Erfüllung ohne seine Schuld unmöglich, so ist er nach der Absicht der Parteien im Zweifel auch von

derselben für den Schuldner entstanden ist, aber eingefordert werden kann sie erst, wenn die bestimmte Zeit verstrichen ist. Seuff. Arch. II. 278.

[3] Ganz klar ist dieß z. B. in dem Fall, wo ein Darlehnsschuldner eine Strafe verspricht, ohne daß über die Rückzahlungsfrist etwas ausgemacht wird. Ein anderes Beispiel in l. 24 pr. D. quando dies 36. 2, deren Fall freilich entgegengesetzt entschieden wird in l. 19 pr. eod., l. 1 D. de penu leg. 33. 9, l. 115 § 2 D. de V. O. 45. 1. Vgl. Note 16. Seuff. Arch. III. 37, XXI. 225.

[4] L. 115 § 2 D. de V. O. 45. 1. Vgl. auch die anderen in der vorigen Note zuletzt citirten Stellen, und über die verschiedenen Ansichten Fritz Erläut. II S. 318, Wolff a. a. O. S. 51 fg., 70 fg., Vangerow a. a. O. Nr. III. 2, Sintenis II § 88 Anm. 12 a. E. Seuff. Arch. III. 37, VI. 172.

[5] L. 21 § 12 D. de rec. 4. 8. „Intra quantum autem temporis, nisi detur quod arbiter iusserit, committatur stipulatio, videndum est. Et si quidem dies adiectus non sit, Celsus scribit libro secundo Digestorum inesse quoddam modicum tempus: quod ubi praeterierit, poena statim peti potest". Seuff. Arch. XI. 172.

[6] Die in der vorigen Note citirte Stelle fährt fort: „et tamen, inquit, et si dederit aute acceptum iudicium, agi ex stipulatu non poterit". L. 52 eod. „Si, qui iussus est (ab) arbitro ex compromisso solvere pecuniam, moram fecerit, poenam ex compromisso debet; sed postea solvendo poena liberatur". L. 122 § 2 D. de V. O. 45. 1. Vgl. I § 125 Note 12 a. E.

[7] L. 115 pr. D. de V. O. 45. 1.

[8] Vgl. l. 47 D. de A. E. V. 19. 1, l. 9 § 1 D. si quis caut. 2. 11. Anwendung auf den Fall, wo sich das Forderungsrecht durch Erbgang auf mehrere Schuldner oder Gläubiger zerspaltet: l. 25 § 13 D. fam. erc. 10. 2, l. 5 § 3. 4 l. 85 § 6 D. de V. O. 45. 1; l. 2 § 6 l. 3 eod. Seuff. Arch. II. 277, VI. 171, XIX. 136, XXXIV. 193.

der Strafe frei[9]. Dagegen kommt ihm unverschuldete Unmöglichkeit rechtzeitiger Erfüllung im Zweifel nicht zu Gute[10], vorausgesetzt daß das Hinderniß rechtzeitiger Erfüllung nicht an dem Gläubiger selbst liegt[11]. Jedoch können auch hier die Parteien etwas Abweichendes gewollt haben[12].

4. Ebenso ist es eine Auslegungsfrage, welchen Einfluß der Verfall der Strafe auf die Hauptverbindlichkeit hat[13]. Die Parteien können gewollt haben, daß der Gläubiger: a) neben der Strafe auch die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit solle fordern dürfen[14], oder

---

[9] Es darf im Zweifel nicht angenommen werden, daß die Parteien durch die Strafstipulation die Verbindlichkeit dem Einfluß gesetzlich anerkannter Aufhebungsgründe habe entziehen wollen. Seuff. Arch. III. 37, XIII. 237, XVI. 205, XXV. 101, [XXXV. 249, XLIII. 105; Entsch. d. RG. XXI S. 5].

[10] Es muß im Zweifel angenommen werden, daß die Parteien die Strafe in dem Sinne verabredet haben, um den Gläubiger auf alle Fälle gegen die Nachtheile verspäteter Erfüllung zu sichern. L. 77 D. de V. O. 45. 1. „Ad diem sub poena pecunia promissa et ante diem mortuo promissore committetur poena, licet non sit hereditas eius adita“. Ebenso l. 9 D. de naut. foen. 22. 2. In l. 23 D. de O. et A. 44. 7 ist nicht von dem Gegensatz zwischen Schuld und Schuldlosigkeit des Schuldners, sondern davon die Rede, ob die Versäumung der rechten Zeit ihren Grund im Schuldner oder im Gläubiger hat (vgl. l. 51 § 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 49 § 2 D. de V. O. 45. 1.) L. 115 § 2 D. de V. O. 45. 1 will nur sagen, daß bei nicht festgesetztem Leistungstermine dem Schuldner die durch die Natur der Leistung bedingte Zeit gelassen werden müsse. Seuff. Arch. XXVII. 18, XXXI. 131. 322; XXXV. 249.

[11] L. 1 § 3 D. de eo per quem fact. 2. 10, l. 23 § 1. 3 l. 40 D. de rec. 4. 8, l. 8 D. de naut. foen. 22. 2, l. 122 § 3 D. de V. O. 45. 1, l. 9 C. de usur. 4. 32.

[12] Von einem Falle, wo die Strafe verfällt trotzdem daß die Leistung dem Schuldner ohne seine Schuld definitiv unmöglich geworden ist, handelt l. 22 pr. D. ad leg. Aq. 9. 2. Vgl. Seuff. Arch. XXIII. 251. Daß die Parteien bei schuldloser Versäumung rechtzeitiger Erfüllung den Verfall der Strafe nicht gewollt haben, nehmen die Quellen da an, wo eine Handlung zum Zwecke der Rechtsverfolgung vor dem öffentlichen oder Schiedsrichter versprochen worden ist, l. 2 § 1 — l. 4 § 3 D. si quis caut. 2. 11, l. 21 § 9 D. de rec. 4. 8. Vgl. auch l. 115 pr. i. f. D. de V. O. 45. 1 (über § 1 eod. s. § 286 Note 4). — Vgl. über die verschiedenen Ansichten in Betreff des unter Ziff. 3 Vorgetragenen Wolff a. a. O. S. 17 fg. 38 fg., Unterholzner S. 250—252, Vangerow a. a. O. Nr. III. 1. V, Savigny S. 279—281, Sintenis II S. 113 und S. 112 Note 12, Neuenfeldt S. 22 fg. — Wie ist es, wenn der Schuldner zwar erfüllen konnte, aber in gutem Glauben annahm, nicht verpflichtet zu sein? Vgl. Seuff. Arch. XXII. 127 und die daselbst citirte Stelle aus Heuser's Annalen VIII S. 52 fg.; auch Seuff. Arch. III. 37.

[13] Unterholzner S. 247—249, Savigny S. 275—278, Vangerow a. a. O. Nr. IV, Sintenis S. 114—118, Liebe S. 309—320. H. Gerber Beiträge zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast § 26. Mayen über Beweislast, Einreden und Exceptionen S. 222—242. Salkowsky a. a. O. S. 200 fg. Manns a. a. O., Neuenfeldt a. a. O. S. 29 fg.

[14] L. 115 § 2 D. de V. O. 45. 1, vgl. l. 112 § 6 eod. „Dieses Verhältniß

b) nach seiner Wahl die Strafe oder die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit[15], oder endlich c) nur die Strafe[16]. — Ist der Sinn der Verabredung der Parteien der, daß der Schuldner die Wahl haben solle, ob er seine Verbindlichkeit erfüllen, oder etwas Anderes leisten wolle[17], so ist das keine Verabredung zu Gunsten des Gläubigers mehr, und man darf dieses Andere nicht Strafe nennen[18].

5. Den Beweis der Nichterfüllung braucht nicht der Gläubiger zu führen; es ist an dem Schuldner, wenn er auf die Strafe in Anspruch genommen wird, seinerseits die Erfüllung darzuthun[19].

---

ist nicht zu vermuthen, sondern nur bei besonderer Verabredung, oder aus dem eigenthümlichen Inhalte beider Verträge anzunehmen". Savigny S. 277. Seuff. Arch. III. 38, X. 246, XIX. 136, XXVII. 221, XXXV. 198. Vorbehaltlose Annahme der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit: Seuff. Arch. VI. 171 a. E., XVI. 206, XIX. 137, XXI. 226 (Buchka und Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock V S. 231. 236), XXXIII. 215, XXXIV. 194 (ROHG.). Entscheid. des RG. IX S. 199 (= Seuff. Arch. XXXVIII. 307).

[15] L. 41. 42 l. 71 pr. D. pro soc. 17. 2, l. 28 D. de A. E. V. 19. 1, l. 4 § 7 D. de doli exc. 44. 4; l. 10 § 1 D. de pact. 2. 14, l. 12 § 2 D. de pact. dot. 23. 4, l. 40 C. de transact. 2. 4. Die Strafe hat hier die Natur einer zu Gunsten des Gläubigers getroffenen Veranschlagung seines Interesse wegen Nichterfüllung, welche ihn von dem Beweise der Höhe desselben entbindet (§ 7 I. de V. O. 3. 15). Dabei ist im Zweifel als Willensmeinung der Parteien anzunehmen, daß der Gläubiger, wenn er Eines gefordert hat, den Mehrbetrag des Andern noch solle nachfordern dürfen, l. 41. 42 cit., l. 28 cit. Seuff. Arch. III. 38, XIX. 136. Ebenso das HGB. Art. 284 Abs. 3, Art. 398. Unanwendbarkeit der l. un. C. de sent. quae pro eo 7. 47 (§ 258 Note 9): Vangerow a. a. O. Nr. II. Seuff. Arch. XXVI. 120.

[16] L. 44 § 6 D. de O. et A. 44. 7, l. 115 § 2 i. f. D. de V. O. 45. 1; vgl. l. 1 § 8 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 25 pr. D. quando dies 36. 2, l. 19 pr. eod., l. 1 D. de penu leg. 33. 9. Auch l. 14 C. de pactis 2. 3 gehört hierher. Salkowski a. a. O. S. 206. Der Vortheil, welchen das Strafversprechen dem Gläubiger gewährt, besteht auch in diesem Falle darin, daß er der Nothwendigkeit, die Höhe seines Interesse zu beweisen, enthoben ist. Vgl. l. 38 D. de rec. 4. 8. Von der andern Seite hat auch der Schuldner einen Vortheil von dem Strafversprechen, insofern es nun von seinem Willen abhängt, wozu er verbunden sein will, ob zur Erfüllung oder zur Leistung der Strafe. Jedenfalls aber ist, wenn der Schuldner Erfüllung wählt, die von ihm gemachte Leistung eben Erfüllung einer Verbindlichkeit. Er ist allerdings verbunden unter der Bedingung si voluerim (§ 93); aber diese Bedingung ist eine auflösende, keine aufschiebende. Vgl. über die Construction dieses Falles, über welche, wie aus den angeführten Stellen hervorgeht, die römischen Juristen nicht einig waren, namentlich Vangerow, Liebe, Gerber, Maxen und Salkowski a. a. OO.

[17] Der Unterschied gegen den vorigen Fall ist der, daß hier der Schuldner auch durch Nichterfüllung nicht zur Leistung der Strafe verpflichtet wird, sondern verpflichtet immer nur zur Erfüllung bleibt.

[18] Es ist in der That ein Reugeld. Nichtsdestoweniger spricht man hier wohl von einer „Wandelpön" (mulcta poenitentialis). Seuff. Arch. III. 42. 43. Vgl. XXX. 133.

[19] Steht es fest, daß die Hauptforderung entstanden ist, so steht es auch bis

§ 286.

Ist die Verbindlichkeit, für deren Erfüllung eine Strafe versprochen wird, ungültig, während der Versprechende sie für gültig hält, so ist auch das Strafversprechen ungültig[1]. Kennt der Versprechende die Ungültigkeit der Verbindlichkeit, so liegt in dem Strafversprechen ein Verzicht auf die Geltendmachung der Ungültigkeit, und seine Gültigkeit hängt von der Gültigkeit dieses Verzichtes ab[2]. —

Ein Versprechen, durch welches Jemand sich einfach für den Fall eines Thuns oder Unterlassens zu einer Leistung anheischig macht, ohne das Thun oder Unterlassen selbst zu versprechen, ist kein Strafversprechen mehr und muß lediglich nach den Grundsätzen von den bedingten Verträgen beurtheilt werden[3].

Eine Strafe der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit kann nicht bloß versprochen, sondern auch durch den Erblasser[4] oder den Richter[5] auferlegt werden. Der Name „Conventionalstrafe" paßt in diesem Falle nicht; aber die rechtlichen Grundsätze sind die nämlichen.

---

zum Beweise des Gegentheils fest, daß sie noch gegenwärtig besteht (I § 133. 1. a), also unerfüllt ist. Vgl. Gerber a. a. O. § 25—30, Maren a. a. O. Uebereinstimmend Seuff. Arch. VIII. 121, [XLIII. 13 und Citate das.], vgl. XXVII. 218. Anders das. XII. 143.

§ 286. [1] L. 69 D. de V. O. 45. 1.

[2] Ungültig ist der Verzicht, wenn die Ungültigkeit (allein oder auch) im öffentlichen Interesse verfügt ist. Vgl. einerseits § 19. 21 I. de inut. stip. 3. 19, l. 38 § 2. 4. 17 D. de V. O. 45. 1, andererseits l. 61 D. de V. O. 45. 1, l. 134 pr. D. eod., l. 15 § 1 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 2 C. de inut. stip. 8. 38 [39]. Uebrigens ist das hier Vorgetragene nicht unbestritten; es findet sich auch die Meinung, daß die Ungültigkeit der Hauptverbindlichkeit abgesehen von den speciellen in den oben genannten Quellenstellen bezeichneten Fällen immer die Ungültigkeit des Strafversprechens zur Folge habe. Fritz Erläuterungen II S. 237, Sintenis II § 88 Anm. 9. Seuff. Arch. XII. 261, XXV. 228, XXVII. 115, XXVIII. 214. Eine besondere Frage ist die nach der Gültigkeit eines Strafversprechens, welches einem wegen Formmangels ungültigen Vertrag hinzugefügt ist. Vgl. über diese Frage aus dem Seuffert'schen Archiv einerseits III. 35. 36. 39, XIII. 217, XX. 221, XXII. 127, andererseits XII. 261, XXV. 228, XXVII. 115, und s. sonst noch II. 28, III. 41. 155, XVII. 200, XXVII. 116. Stobbe III § 173 Anm. 18.

[3] Namentlich fehlt es in diesem Falle an einem Anhalte, um den Versprechenden für verbindlich zu erklären, wenn er nicht sofort diejenige Handlung vornimmt, deren Unterlassung die Bedingung seines Versprechens bildet (§ 285 Note 4), oder für nicht verbindlich, wenn ihm die Vornahme der Handlung ohne seine Schuld unmöglich geworden ist (§ 285 Note 9). L. 115 § 1. 2 D. de V. O. 45. 1, l. 8 eod. S. noch l. 44 § 5 D. de O. et A. 44. 7, l. 68 D. de V. O. 45. 1.

[4] Vgl. die in § 285 Note 16 citirten Stellen.

[5] J. R. A. § 162. Vgl. § 251 Note 3.

H. Die natürlichen Verbindlichkeiten*.

1. Begriff.

§ 287.

Bei der Bestimmung des Begriffes der natürlichen Verbindlichkeit ist auszugehen von dem Gegensatz zwischen der juristischen und der natürlichen Auffassung. Dieser Gegensatz macht sich, wie auf anderen Punkten des Rechts, so auch auf dem Gebiete des Obligationenrechts geltend. Es gibt Verbindlichkeiten, wie für die juristische Auffassung, so auch für die natürliche Auffassung; letztere heißen eben deßwegen natürliche Verbindlichkeiten[1]. Es besteht aber nicht nothwendig ein Widerstreit zwischen der juristischen und der natürlichen Auffassung; in einem gegebenen Fall kann die eine mit der andern übereinstimmen, und so kann auch eine natürliche Verbindlichkeit zugleich eine juristische

* A. D. Weber Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit (1784, 5. Aufl. 1825). K. Fr. v. Reinhardt die römische Lehre von der Verbindlichkeit im Allgemeinen und der natürlichen Verbindlichkeit insbesondere (vermischte Aufsätze 3. Heft, 1827). v. d. Pfordten de obligationis civilis in naturalem transitu (1843). C. Christiansen zur Lehre von der naturalis obligatio und condictio indebiti (1844). Savigny Obl. I § 5—14 (1851). Holtius Abhandlungen civilistischen und handelsrechtlichen Inhalts, übersetzt von Sutro, Nr. 1 (1852, im Original erschienen 1845). Brinz kritische Blätter III S. 12—60 (1852). Bekker Jahrb. des gem. R. IV S. 386 fg. (1860, vgl. auch Zeitschr. f. RGesch. IX S. 400 fg.). Schwanert die Naturalobligationen des Römischen Rechts (1861). Recension dieses Werkes von v. Scheurl (1864). Ders. die römischen Naturobligationen, Jahrb. f. Dogm. VII S. 318 fg. (1865). Ryk Lehre von den Schuldverhältnissen I S. 14 fg. (1883). [Kuntze die Obligationen im röm. u. heut. R. S. 192—206 (1886)]. S. außerdem Francke civilistische Abhandlungen S. 66 fg. (1826), v. Meyerfeld Lehre von den Schenkungen § 18 (1835), Büchel civilrechtl. Erörterungen II Nr. 1 S. 57 fg. (1836), Renaud Arch. f. civ. Prax. XXIX S. 432—444 (1846), Erxleben die condictiones sine causa I S. 118—152 (1850), v. Scheurl Heid. krit. Zeitschrift I S. 506—517 (1853), Pfersche Bereicherungsklagen S. 185 fg. (1883). Unterholzner I § 6—9, Wächter Württemb. Privatr. II S. 480—487, Brinz (Lehrb.) I S. 571—581. 2. Aufl. II S. 40—54, Sintenis II S. 5—47, [Dernburg II § 4. 5].

[1] Die Quellen sagen: obligationes naturales. Den Gegensatz zur obligatio naturalis bildet die obligatio civilis. Der Ausdruck „obligatio civilis" bezeichnet aber auch eine besondere Art der juristischen Verbindlichkeiten, die auf dem ius civile, im Gegensatz zum ius gentium, oder zum prätorischen Recht, beruhenden juristischen Verbindlichkeiten (l. 5 pr. D. de pign. 20. 1, l. 1 § 1 D. de nov. 46. 2, vgl. Gai. III. 93). Die Behauptung Scheurl's (Heidelb. krit. Zeitschr. S. 504), daß der Ausdruck „obligatio civilis" in den Quellen immer nur auf die juristische Verbindlichkeit der letzteren Art, nie auf die juristische Verbindlichkeit überhaupt gehe, wird durch l. 7 § 2. 4 D. de pactis 2. 14, l. 5 § 1 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 16 § 3 in Verbindung mit § 4 D. de fidei. 46. 1, von welchen Stellen namentlich die erste und die dritte beweisend sind, widerlegt. — § 287.

sein[2]. Von den natürlichen Verbindlichkeiten dieser Art ist hier nicht Rede; hier ist nur die Rede von den Verbindlichkeiten, welche es bloß für die natürliche Auffassung, nicht auch zugleich für die juristische sind. Diese (bloß-) natürlichen Verbindlichkeiten[3] sind zunächst dem Rechte durchaus gleichgültig, und viele derselben bleiben es auch. Im Leben wird vieles als Verbindlichkeit, und wohl auch als Forderungsrecht, bezeichnet[4], was das Recht vollkommen unbeachtet läßt. Dagegen gibt es andere (bloß-) natürliche Verbindlichkeiten, zu denen das Recht sich nicht durchaus ablehnend verhält; wenn das Recht sie auch nicht vollständig anerkennt, so mag es sie doch nicht vollständig zurückweisen, sondern läßt sie in dieser oder jener Beziehung als Verbindlichkeiten allerdings gelten. Diese juristischen (bloß-) natürlichen Verbindlichkeiten sind es, um welche es sich hier handelt. Wenn man sie natürliche Verbindlichkeiten schlechthin nennt, so geschieht dieß deßwegen, weil einerseits die vom Rechte vollständig anerkannten natürlichen Verbindlichkeiten eben auch juristische sind, und weil andererseits es sich von selbst versteht, daß, wo im Rechte von einer natürlichen Verbindlichkeit die Rede ist, nicht eine solche natürliche Verbindlichkeit gemeint ist, welche aller und jeder juristischen Beziehung entbehrt[5]. Man kann sie passend auch als uneigentliche Verbindlichkeiten bezeichnen[6].

Die Ausdrücke „naturalis" und „civilis" bezeichnen hier in derselben Weise den Gegensatz zwischen dem Natürlichen und dem Juristischen, wie in der Verbindung naturalis und civilis possessio, und den anderen I § 148 Note 12 genannten Verbindungen; vgl. auch naturale-civile saeculum (Schömann Greifswalder Rectoratsprogramm 1856 p. 5).

[2] In diesem Sinne wird in l. 126 § 2 D. de V. O. 45. 1 die Darlehnsobligation eine naturalis obligatio genannt, und in l. 15 pr. D. de cond. ind. 12. 6 die condictio indebiti als naturalis bezeichnet. S. noch l. 5 pr. D. de auct. 26. 8. Auch l. 84 § 1 D. de R. I. 50. 17 gehört wohl hierher. — In derselben Weise bezeichnet der Ausdruck „naturales liberi" nicht bloß die nicht juristischen Kinder (die Concubinenkinder), sondern auch diejenigen juristischen Kinder, welche auch natürliche (nicht Adoptivkinder) sind.

[3] Der Ausdruck „obligatio tantum naturalis" findet sich in l. 5 pr. D. de pign. 20. 1.

[4] Man sagt z. B. ich bin dem Herrn So und So einen Gegenbesuch schuldig; wer im Spiele gewonnen hat, ist Revanche schuldig; der Freund kann vom Freunde fordern, daß er ihm die Wahrheit sage. Man denke auch an die gesetzlich gemißbilligten Obligationen, z. B. aus verbotenem Spiel.

[5] Ueber den Sinn, in welchem die Quellen von obligatio naturalis reden, herrscht keine Uebereinstimmung. (Vgl. den ausführlichen Bericht bei Schwanert S. 7—66.) Nach einer weit verbreiteten Meinung soll mit der Bezeichnung einer obligatio als naturalis auf ihre Anerkennung in der natürlichen Rechtsordnung hingewiesen sein, welche natürliche Rechtsordnung dann von den Verschiedenen noch verschieden gefaßt wird: als ius naturale im Sinne von Natur-

2. Rechtliche Bedeutung.

§ 288.

Die rechtliche Bedeutung, welche der natürlichen (uneigentlichen) Verbindlichkeit zukommt, ist zunächst negativ zu bestimmen. Die na-

---

recht (Weber), als ius naturale im Sinne von ius gentium (Savigny, v. d. Pfordten, Büchel, Erxleben, Sintenis, Puchta, Arndts, Ryk), [als ius naturale im Sinne des den Freien mit den Sclaven gemeinschaftlichen Rechts (Kuntze)], als Billigkeit (Scheurl in der Heidelb. krit. Zeitschrift). Es ist nun auch keiner Frage unterworfen, daß die Quellen in diesem Sinne vielfach von obligatio naturalis wirklich reden, so namentlich, wenn sie eine civilis obligatio als naturalis bezeichnen (vgl. mit l. 15 pr. D. de cond. ind. 12. 6, l. 14 eod., jedoch auch l. 64 eod.). Aber daß sie diesen Sinn immer mit dem Ausdruck naturalis obligatio verbinden sollten, und namentlich immer auch da, wo sie die Uneigentlichkeit, die Unvollkommenheit der Obligation hervorheben wollen, will doch nicht einleuchten; denn regelmäßig wird die natürliche Rechtsordnung auch vom ius civile anerkannt, wo aber nicht, auch vollkommen nicht. Aus diesem Grunde haben Andere einen anderen, oder doch einen zweiten Sinn von obligatio naturalis angenommen, und in der Bezeichnung einer Obligation als naturalis eine unmittelbare Hinweisung auf ihre rechtliche Unvollkommenheit gefunden (Büchel, Holtius, Schwanert, Bekker). Diese Ansicht hat mit der Schwierigkeit zu kämpfen, nachzuweisen, warum denn gerade das Unvollkommene als das Natürliche bezeichnet werde (vgl. Büchel S. 60, Holtius S. 5, Schwanert S. 231, Bekker S. 398). Die im Text entwickelte Ansicht löst diese Schwierigkeit in einer Weise, welche sie zugleich der Nothwendigkeit überhebt, einen doppelten Sinn von obligatio naturalis anzunehmen. Sie geht von einer Vorstellung aus, welche unbestimmt genug ist, um Alles in sich aufzunehmen, was die Quellen mit dem Ausdruck obligatio naturalis nun einmal wirklich bezeichnen, von der Vorstellung der natürlichen Auffassung. Diese natürliche Auffassung wird sich zunächst an das in der Natur der Sache Begründete, durch die Natur der Dinge von selbst Gegebene anschließen, und dasselbe möglichst getreu wiederzugeben suchen; in diesem Sinne ist die naturalis obligatio zugleich die obligatio der natürlichen Rechtsordnung. Aber die natürliche Auffassung wird sich auch gefallen lassen müssen, vom Rechte corrigirt und in manchen ihrer Anforderungen zurückgewiesen zu werden; dann erscheint die naturalis obligatio nicht sowohl als die obligatio einer Ordnung, mit welcher das Recht sich auseinandersetzt, als vielmehr als die obligatio des unjuristischen Verstandes. In diesem Sinne faßt die obligatio tantum naturalis auch Brinz (Pand. S. 577. 2. Aufl. II S. 41. 43. 45) auf; ebenso Christiansen (S. 27. 84. 118). Vgl. auch Puchta Inst. III S. 69. Und übereinstimmend im Wesentlichen jetzt auch Scheurl in den Aufsätzen in den Jahrb. f. Dogm. und der krit. VJSchr. Scheurl's Auffassung unterscheidet sich von der hier vertretenen nur dadurch, daß er in der theilweisen Anerkennung der Anschauung des unjuristischen Verstandes, auf welche auch er die naturalis obligatio zurückführt, eine „unvollendet gebliebene Entwickelung des römischen Rechts" sieht, „deren Vollendung dazu geführt haben würde, (die naturales obligationes) als civiles obligationes gelten zu lassen", und damit den Unterschied zwischen obligationes civiles und obligationes naturales ganz zu beseitigen. In diesem Sinne hält Scheurl die naturalis obligatio (die eigentliche, vgl. sogleich) für ein specifisch römisches Institut, für welches im heutigen Recht kein Platz mehr sei (Jahrb. für Dogm. S. 352—353). M. E. wird diese Scheurl'sche Auffassung dem vorliegenden Quellenmaterial nicht gerecht

türliche Verbindlichkeit gewährt dem Gläubiger — insofern man hier überhaupt von einem Gläubiger reden will[1] — nicht die Befugniß zur Klage[2]. Die Klagebefugniß schließt den Begriff der natürlichen Verbindlichkeit aus; wer die Befugniß hat, seinen Willen dem widerstrebenden Willen des Gegners gegenüber durch Anrufung einer höheren, im Nothfall Zwang verhängenden, Autorität zur Geltung zu bringen, dem fehlt an der Fülle des Rechts nichts: er hat ein Recht nicht bloß nach der natürlichen, sondern auch nach der juristischen Auffassung. Von der anderen Seite ist die Klagebefugniß so sehr die Voraussetzung der Verwirklichung der durch das Recht gewährten Macht[3], daß, wo sie fehlt, man wohl Grund hat, von einem nur uneigentlichen Rechte zu reden. — Positiv läßt sich die rechtliche Bedeutung der natürlichen Verbindlichkeit nicht durch eine für alle Fälle gleiche Regel bestimmen; für jede einzelne Verbindlichkeit muß ihr rechtlicher Inhalt besonders festgestellt werden[4]. Nur das läßt sich sagen, daß

(§ 289), und ich glaube auch nicht, daß jemals ein positives Recht sich der Anerkennung uneigentlicher Obligationen ganz wird entziehen können. Dagegen ist gewiß richtig die Bemerkung Scheurl's, daß naturales obligationes sich für ein positives Recht auch dadurch ergeben können, daß dasselbe in einem gegebenen Fall einer Obligation nur bestimmte Wirkungen, und namentlich die Klagwirkung, abspricht, während es ihr andere beläßt. Dieß ist der Fall beim SC. Macedonianum und den ihm gleichstehenden Bestimmungen, wenn es solche gibt (§ 289 Note 22). [Dernburg a. a. O.: die auf den Anschauungen der bürgerlichen Gesellschaft beruhende Obligation.]

[6] Daß die naturalis obligatio eigentlich keine obligatio sei, heben die Quellen sehr bestimmt hervor. L. 10 D. de V. S. 50. 16: — „quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum". L. 16 § 4 D. de fidei. 46. 1: — „licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores". L. 41 D. de pec. 15. 1. „Nec servus quicquam debere potest, nec servo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus, quam ad ius civile referimus obligationem". In diesem Sinne heißt es auch in l. 95 § 4 D. de sol. 46. 3, daß die naturalis obligatio nur auf dem vinculum aequitatis beruhe. — Verwahrung einzulegen ist gegen die Ansicht Schwanert's (S. 225—230), daß in der naturalis obligatio nur eine Pflicht rechtlich anerkannt sei, ohne daß dieser Pflicht ein Recht entspreche. Das Recht kennt keine Pflichten ohne gegenüberstehende Rechte; es kennt nur Pflichten als Correlate von Rechten. Es kann wohl in der Verleihung eines Rechts von der Annahme ausgehen, daß eine Pflicht schon anderweitig begründet sei; aber soweit es selbst diese Pflicht anerkennt, verleiht es auch ein Recht.

§ 288. [1] L. 42 § 1 D. de O. et A. 44. 7. „Creditores eos accipere debemus, qui aliquam actionem . . habent . .". Vgl. l. 10 l. 108 l. 178 § 3 D. de V. S. 50. 16, l. 16 § 4 D. de fidei. 46. 1.

[2] L. 16 § 4 D. de fidei. 46. 1 (Note 11), l. 94 § 3 D. de sol. 46. 3.

[3] Obgleich sie nicht zum Begriff des Rechts gehört (I § 37).

[4] Dieser Satz ist für die richtige Einsicht in die Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit von der äußersten Wichtigkeit. Es gibt nicht einen feststehenden Inhalt der natürlichen Verbindlichkeit, wie es einen feststehenden Inhalt der ju-

die natürliche Verbindlichkeit möglicherweise außer der Klagebefugniß jede rechtliche Bedeutung haben kann, welche auch der juristischen Verbindlichkeit zukommt[5]. Im Einzelnen ist Folgendes zu nennen[6].

1. Die natürliche Verbindlichkeit kann als Vermögensvermehrung für den Gläubiger, als Vermögensverminderung für den Schuldner in Betracht kommen[7].

---

ristischen Verbindlichkeit gibt. Man darf daraus, daß etwas in den Quellen als naturalis obligatio bezeichnet, oder daß ihm rechtliche Bedeutung in dieser oder jener Beziehung zugeschrieben wird, nicht ohne Weiteres schließen, daß es rechtliche Anerkennung in dem ganzen Umfang gefunden hat, welcher bei einer natürlichen Verbindlichkeit möglich ist. Dieß ist im Einzelnen auch immer, und namentlich darin anerkannt worden, daß man von den eigentlichen natürlichen Verbindlichkeiten uneigentliche unterschied, denen man geringere Wirkungen zuschrieb. So auch Savigny (§ 12) und Schwanert (§ 9—11), welcher Letztere mit dieser Unterscheidung den Ausdruck naturaliter debere in Verbindung bringt. Man muß aber noch weiter gehen und den Satz aufstellen, daß für jede natürliche Verbindlichkeit ihr rechtlicher Gehalt besonders bestimmt werden müsse. Dieser Gesichtspunkt ist namentlich von Schwanert verfolgt worden, und ich sehe darin das Hauptverdienst seines Buches. Es liegt auf der Hand, daß die consequente Durchführung dieses Gesichtspunktes auch jede Unterscheidung, wie die zuvor bezeichnete, überflüssig macht. Vgl. außerdem Brinz krit. Blätter III S. 57. Pand. 2. Aufl. II S. 52, Sintenis II S. 11—16, Keller Jahrb. des gem. R. IV S. 382—383, Bekker das. S. 402.

[5] Brinz (krit. Blätter III S. 48—50, vgl. Pand. 2. Aufl. II S. 51) faßt die rechtliche Bedeutung der natürlichen Verbindlichkeit in der Formel zusammen: sie sei zahlbar (erfüllbar). D. h. also: sie wird als Verbindlichkeit rechtlich anerkannt für einen sich auf sie beziehenden Erfüllungsact. Ebenso Schwanert S. 222—225. Ich halte das nicht für eine glückliche Formulirung. Denn Bürgschaft und Pfandbestellung kann man doch nur sehr uneigentlich Erfüllungsacte nennen, und das Wesen der Compensation besteht nicht darin, daß in ihr die Verbindlichkeit erfüllt wird, sondern darin, daß in ihr der Gläubiger Befriedigung gegen den Willen des Schuldners erlangt. — Scheurl (Jahrb. f. Dogm. S. 328 fg., krit. VJSchr. S. 516 fg.) setzt an die Stelle der Brinz'schen Formel die andere: die naturalis obligatio sei anerkennbar; die der naturalis obligatio zukommende Rechtswirksamkeit sei keine, „ihr an sich zukommende, sondern durch Anerkennung vermittelte" (Jahrb. S. 332). Auch in der deductio und compensatio werde nur Anerkennung gefordert. Aber doch Anerkennung mit der unmittelbaren Folge eines Vermögensverlustes, und Anerkennung gefordert! Freilich sagt Scheurl an einem andern Ort (Jahrb. S. 334), die naturalis obligatio trage weder ein „Forderungsrecht, noch irgend welche rechtliche Verbindlichkeit in sich". — Auch Christiansen spricht der natürlichen Verbindlichkeit alle und jede selbständige rechtliche Wirkung ab, indem er seinerseits den Grund derjenigen rechtlichen Wirkungen, von welchen sie umgeben ist, lediglich in dem freien Willen des Schuldners findet. Wie er darauf soluti retentio auch bei irrthümlicher Annahme einer civilis obligatio und Compensation zurückführt, muß man bei ihm selbst nachlesen (vgl. namentlich S. 17—21. 128. 138).

[6] Vgl. Savigny S. 45—50, Schwanert S. 188—222.

[7] So namentlich bei Berechnung des Peculium. Das Peculium ist um so viel größer, als der Inhaber desselben von dem Eigenthümer fordern kann, um so viel kleiner, als er demselben schuldig ist. L. 7 § 6. 7 l. 9 § 2. 4 l. 17 i. f.

2. Die natürliche Verbindlichkeit kann sich als rechtliche Verbindlichkeit darin bewähren, daß die zu ihrer Erfüllung gemachte Leistung vom Rechte eben als Erfüllung behandelt, nicht unter den Gesichtspunkt der Schenkung[8] oder irgend einen anderen Gesichtspunkt[9] gestellt wird.

3. Die natürliche Verbindlichkeit kann dem Gläubiger die Macht gewähren, sich in einem vorhandenen Zustand zu erhalten[10]. Dahin gehört vor Allem die Befugniß, das zur Erfüllung der natürlichen Verbindlichkeit Geleistete zurückzubehalten[11]; ferner aber auch die Be-

---

D. de pec. 15. 1, l. 38 § 1. 2 D. de cond. ind. 12. 6, l. 20 § 2 D. de statulib. 40. 7 (Note 12). Ferner bei der Berechnung der Erbschaft, wenn der natürliche Gläubiger Erbe des natürlichen Schuldners geworden ist, oder umgekehrt. L. 95 § 2 D. de sol. 46. 3. S. auf der anderen Seite l. 1 § 17 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 25 § 11 D. de H. P. 5. 3.

[8] L. 19 § 4 D. de don. 39. 5, l. 19. 20 D. quae in fraud. cred. 42. 8. Vgl. v. Meyerfeld Lehre von den Schenkungen § 18.

[9] L. 21 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 44 D. de sol. 46. 3 (der natürliche Gläubiger hat dem natürlichen Schuldner etwas unter der Bedingung der Erfüllung seiner Schuld vermacht; das Geleistete wird nicht als condicionis implendae gratia datum behandelt).

[10] Die natürliche Verbindlichkeit ist nicht tauglich zum Angriff, aber wohl kann sie tauglich sein zur Vertheidigung. Vgl. l. 94 § 3 D. de sol. 46. 3.

[11] L. 16 § 4 D. de fidei. 46. 1. „Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest“. Ich verstehe diese vielbesprochene, in l. 10 de O. et A. 44. 7 wiederholte, Stelle so: wenn bestimmt werden soll, ob eine naturalis obligatio vorhanden sei oder nicht, so darf man sich nicht darauf beschränken, zuzusehen, ob eine actio, sondern man muß auch darauf sehen, ob soluti retentio stattfindet. Abweichende Ansichten bei Vangerow III S. 5, Savigny S. 40—41, Schwanert S. 83 fg., Francke Commentar zum Pandektentitel de her. pet. S. 294 in der Note. Vgl. außer der genannten Stelle noch l. 3 § 7 D. quod quisque iuris 2. 2, l. 42 pr. D. de iurei. 12. 2, l. 13 pr. l. 19 pr. l. 26 § 12 l. 38 § 1. 2 l. 41 l. 60 pr. l. 64 D. de cond. ind. 12. 6. Die Unzulässigkeit der Rückforderung gilt nicht bloß für den Fall, wo der Erfüllende gewußt hat, daß er juristisch nicht Schuldner sei — wo sie sich von selbst versteht — sondern auch für den Fall, wo er die Schuld irrthümlich für eine juristische gehalten hat. L. 40 pr. l. 64 D. de cond. ind. 12. 6. Natürlich ist aber die Rückforderung da nicht ausgeschlossen, wo der natürliche Schuldner eine ganz andere Verbindlichkeit hat erfüllen wollen, deren Existenz er irrig angenommen hat. Von diesem Fall ist zu verstehen die (von der Erfüllung durch Obligirung handelnde) l. 20 D. de SC. Mac. 14. 6 (der Novirende hält die Schuld, welche er novirt, für eine aus irgend einem anderen Grunde, nicht aus Darlehn, entstandene). So Mühlenbruch Arch. für civ. Pr. II S. 429, Römer Abhandlungen I S. 28; andere Ansichten bei Renaud das. XXIX S. 437, Dietzel SC. Macedonianum S. 135. 355, v. Salpius Novation und Delegation S. 303—306, Witte krit. VJSchr. VIII S. 202—203, Dueckers de SC° Macedoniano (Berolini 1866) p. 85, Mandry das gemeine Familiengüterrecht I S. 514 fg., Spaltenstein das specifisch-juristische Geschäft S. 32 fg., Huschke Darlehn S. 192.

fugniß, eine an den Gläubiger gestellte Forderung mit Berufung auf eine natürliche Verbindlichkeit zurückzuweisen[12].

4. Die natürliche Verbindlichkeit kann eine hinreichende Grundlage bilden für ein Rechtsverhältniß, welches zu seinem Bestande eine Verbindlichkeit voraussetzt — Pfandrecht[13], Bürgschaft[14], Novation[15], Erfüllungsversprechen[16].

3. Einzelne Fälle*.

§ 289.

Die einzelnen Fälle der natürlichen Verbindlichkeit, welche sich in den Quellen anerkannt finden[1], sind heutzutage nicht mehr alle praktisch[2]. Diejenigen, welche es noch sind, sind folgende.

---

[12] Recht der Compensation. L. 6 D. comp. 16. 2. „Etiam quod natura debetur venit in compensationem". Diese Stelle auf Gegenforderungen aus demselben Grunde zu beschränken, wie Holtius S. 28 thut, ist willkürlich. Vgl. auch l. 8 § 1 D. ratam rem 46. 8. Dagegen gehört l. 20 § 2 D. de statulib. 40. 7 nicht hierher. Dieselbe sagt, wie das pr. der Stelle beweist, nur, daß bei der Berechnung des Peculium auch die natürlichen Schulden des Herrn an den Sclaven mit eingerechnet werden müssen. — Recht der Deduction bei der Berechnung des Peculium, wenn die Gläubiger desselben gegen den Eigenthümer klagbar werden, s. Note 7.

[13] L. 5 pr. l. 14 § 1 D. de pign. 20. 1, l. 13 pr. D. de cond. ind. 12. 6. Vgl. I § 225 Note 8.

[14] L. 6 § 2 l. 7 l. 16 § 3 l. 60 D. de fidei. 46. 1, l. 13 pr. D. de cond. ind. 12. 6.

[15] L. 1 § 1 D. de nov. 46. 2.

[16] L. 1 § 7 D. de pec. const. 13. 5 (§ 284 Note 7).

* Büchel S 64—119, Christiansen S. 84—114, Erxleben S. 123—134, Savigny S. 52—123, Brinz 1. Aufl. S. 13—28, Schwanert S. 244—481.

[1] Zu den im Folgenden genannten Fällen der natürlichen Verbindlichkeit fügen Andere andere hinzu. Natürliche Verbindlichkeit in Folge des beneficium competentiae, s. § 268 Note 11. — Die naturalis obligatio der l. 61 [59] pr. D. ad SC. Treb. 36. 1 ist rein zum Zweck einer theoretischen Vermittelung angenommen, s. I § 249 Note 4. — Natürliche Verbindlichkeit in Folge der Litiscontestation? Windscheid die Actio ꝛc. S. 56—58, Schwanert S. 424—433, Ryk S. 39. — Natürliche Verbindlichkeit des mit der actio de peculio Haftenden auch über den Bestand des Peculium hinaus? L. 11 D. de cond. ind. 12. 6. Brinz 1. Aufl. S. 27 (Pand. II S. 54), Erxleben S. 111—117, Schwanert S. 266 Note 58; anders Savigny S. 103—105, Keller Jahrb. des gem. R. III S. 177—178, Ryk S. 44. — Natürliche Verbindlichkeit zur Zinszahlung? Dafür Thibaut Versuche II S. 152—169, Vangerow I § 76 Anm. 2 Nr. 2, Christiansen S. 92—96, wegen l. 26 pr. D. de cond. ind. 12. 6. Andere suchen dieser natürlichen Verbindlichkeit dadurch zu entgehen, daß sie in der citirten Stelle wissentliche Zahlung voraussetzen (Weber S. 149 fg., Erxleben S. 63, Brinz Pand. II S. 53 Note 3). Das Richtige ist gewiß, mit Unterholzner II S. 47, H. Witte Bereicherungsklagen S. 69 fg., Sintenis II § 87 Note 58 (in der zweiten Auflage), Seuff. Arch. XVI. 49, anzunehmen, daß l. 26 pr. cit. nur die Rückforderung der Zinsen ausschließen will, nicht aber ihre An- § 289.

1. Die natürliche Pflicht zur Dankbarkeit kommt insofern rechtlich in Betracht, als anerkannt wird: a) daß in dem Gegengeschenk, welches ein Beschenkter macht, eine Verminderung sowohl der ihm durch die Schenkung zugewendeten Vermögensvermehrung, als der von dem Schenker gemachten Vermögensaufopferung enthalten ist[3]; b) daß die zum Dank für eine Lebensrettung gemachte Leistung nicht unter den Gesichtspunkt der Schenkung fällt[4].

2. Ebenso wird es nicht als Schenkung angesehen, wenn der

---

rechnung auf das Kapital (l. 5 § 2 l. 102 § 3 D. de sol. 46. 3, l. 18 C. de usur. 4. 32). Man muß aber dann im Folgenden statt „sed" lesen „sed et". [Dernburg II § 141 Note 9: Zinsen ex pacto.] — Natürliche Verbindlichkeit in Folge eines nudum pactum? In der neueren Zeit mehren sich die Stimmen dagegen. Meyerfeld Schenkungen S. 344—346, Liebe Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV S. 201, Gneist formelle Verträge S. 169 fg., Unterholzner I § 23, Holtius S. 7—16, Brinz krit. Blätter S. 16—25, Bekker S. 395, Jhering Geist des röm. R. I S. 128 (136) Note 45, Girtanner Stipulation S. 401 fg., Scheurl Jahrb. f. Dogm. S. 343—346 und krit. VJSchr. S. 501, Kuntze zu Holzschuher III S. 7. [Excurse S. 542. 543]; auf der andern Seite namentlich Büchel S. 65—68, Savigny S. 53—59, auch Scheurl Heidelb. krit. Zeitschr. S. 516; vgl. noch Hofmann die Entstehungsgründe der Obligation (Wien 1874) S. 27 fg. Nach meiner Meinung sind die hier wirklich in Betracht kommenden Stellen nur: eines Theils l. 1 § 2 D. de V. O. 45. 1, andern Theils l. 5 § 2 D. de sol. 46. 3, l. 3. 4 C. de usur. 4. 32, l. 11 § 3 D. de pign. act. 13. 7. L. 1 § 2 cit. spricht gegen die Annahme einer natürlichen Verbindlichkeit; die zuletzt genannten Stellen sagen unmittelbar nichts Anderes, als daß der Gläubiger Zinsen, die ihm durch nudum pactum versprochen worden sind, nicht zurückzugeben brauche, wenn sie ihm gezahlt worden seien, und daß er sich aus einem ihm gegebenen Pfande auch für sie befriedigen könne. Darin eine Anerkennung der nuda pacta überhaupt zu sehen, halte auch ich für bedenklich (vgl. namentlich l. 8 D. in quib. caus. pig. 20. 2). Vgl Bl. für RAnw. in Bayern XXXVIII S. 204; andererseits § 312 Note 9. — Natürliche Verbindlichkeit in Folge des Retentionsrechts? Vgl. Goldschmidt Handelsr. I § 94 Note 14. Die Quellen sprechen hier von einer natürlichen Verbindlichkeit nicht.

[2] Dahin gehört namentlich die natürliche Verbindlichkeit des Sclaven, der für die Römer bei Weitem wichtigste Fall der natürlichen Verbindlichkeit (l. 14 D. de O. et A. 44. 7, l. 13 pr. D. de cond. ind. 12. 6, Savigny a. a. O. S. 59—61. Syst. II § 65 und Beil. IV, Schwanert S. 244—299); ferner die natürliche Verbindlichkeit in Folge der capitis diminutio (l. 2 § 2 D. de cap. min. 4. 5, vgl. l. 8 eod., Savigny S. 80, Schwanert S. 413—424), in Folge der Proceßverjährung (l. 8 § 1 D. ratam rem. 46. 8, l. 30 § 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, Savigny S. 98, Schwanert S. 433—437), die natürliche Verbindlichkeit aus dem Satze: quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur (l. 3 § 7 D. tit. cit. 2. 2, Savigny S. 99, Schwanert S. 471—473).

[3] L. 25 § 11 D. de H. P. 5. 3, l. 10 § 7 i. f. D. de in rem verso 15. 3. Vgl. auch l. 55 [54] § 1 D. de furtis 47. 2. Dagegen gilt die Forderung selbst auf das Gegengeschenk als Vermögensvermehrung nicht, l. 25 § 11 cit.

[4] L. 34 § 1 D. de don. 39. 5 (Paul. sentent. V. 11 § 6). Vgl. zu dieser und der vorhergehenden Note § 368 Note 10. 11. Harburger die remuneratorische Schenkung (Nördlingen 1875) S. 38 fg. 17 fg. und Citate das.

Erbe seiner natürlichen Verpflichtung zur Entrichtung der ihm auferlegten Vermächtnisse auch bis zu dem Betrage, welchen er nach positiver Rechtsvorschrift an denselben kürzen könnte, nachkommt[5]. Das Gleiche ist zu sagen für die wissentliche Erfüllung eines verjährten oder mit Unrecht rechtskräftig aberkannten Anspruchs[5a].

3. Was Jemand zum Zweck der Erfüllung einer ihm obliegenden sittlichen Verpflichtung leistet, kann er nicht zurückfordern, wenn er sich auch irrthümlicherweise für rechtlich verpflichtet gehalten hat[6]. Deßwegen haftet auch der Bürge[7] und der Novationsschuldner[8], ferner sind gültig Verpfändung und Erfüllungsversprechen[9]. Um so weniger darf auf eine solche Leistung das Recht der Schenkung angewendet werden[10].

---

[5] L. 5 § 15 D. de don. i. v. e u. 24. 1, l. 19. 20 D. quae in fr. cred. 42. 8. Aber das irrthümlich Gezahlte kann zurückgefordert werden, l. 5 § 15 cit. i. f., l. 9 § 5 D. de iur. et facti ign. 22. 6. L. 1 C. ad leg. Falc. 6. 50, welche das Rückforderungsrecht versagt, ist von wissenschaftlicher Leistung zu verstehen. S. noch l. 62 D. de cond. ind. 12. 6, l. 20 § 1 D. de don. 39. 5, l. 46 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 2. 23 C. de fideic. 6. 42, l. 19 C. ad leg. Falc. 6. 50, und vgl. Christiansen S. 88—90, Savigny Syst. IV S. 83—84. Seuff. Arch. XXIII. 129.

[5a] S. § 112 Note 5a, § 129 Note 8.

[6] Dieser allgemeine Satz darf, wie ich glaube, auf Grund von l. 32 § 2 D. de cond. ind. 12. 6 (die Frau gibt dem Manne eine Mitgift) und l. 26 § 12 eod. (der Freigelassene leistet dem Freilasser operae officiales) behauptet werden. Vgl. namentlich l. 32 cit.: — „sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest". S. auch Puchta Inst. III S. 66, Büchel S. 99, Erxleben a. a. O. S. 149—152. A. M. Savigny S. 101. Auf der anderen Seite geht noch weiter Schwanert S. 118—120, welcher die Rückforderung in allen Fällen ausgeschlossen glaubt, wo derselben eine „Billigkeits- oder Pietätsrücksicht" entgegenstehe. — Es besteht keine sittliche Verpflichtung zur Erfüllung einer vom Recht für ungültig oder unwirksam erklärten Verbindlichkeit, z. B. wegen Mangels einer Form (s. das in Note 1 über das nudum pactum Gesagte), oder wegen vollendeter Verjährung (vgl. I § 112 Note 5). Ich halte daher auch die Entscheidung des OT. zu Berlin bei Seuff. Arch. XVIII. 140, daß Präjudicirung des Wechsels wegen verspäteter Protesterhebung eine naturalis obligatio zu Lasten des Indossanten übrig lasse, nicht für richtig. — [Dernburg II § 5 a. E. nimmt an, daß eine natürliche Verbindlichkeit nach dem Zwangsvergleich übrig bleibe. Dagegen Seuff. Arch. XLV. 7.]

[7] L. 7 D. de fidei. 46. 1. „Quod enim solutum repeti non potest, conveniens est, huius naturalis obligationis fideiussorem accipi posse".

[8] Der neu eintretende nach Analogie des Bürgen; bleibt der frühere Schuldner, so haftet derselbe schon deßwegen, weil in der Novation von seiner Seite Leistung liegt.

[9] Von Dritten nach Analogie der Bürgschaft. Um so mehr muß der Schuldner selbst haften.

[10] Seuff. Arch. VI. 18, XX. 35 (eine Zuwendung, welche Jemand der Mutter seiner unehelichen Kinder oder der mittellosen Tochter seines Bruders

4. Die natürliche Verbindlichkeit des Geschlechtsunreifen, welcher ohne die Mitwirkung seines Vormundes rechtlich thätig geworden ist, wird vom Rechte als Verbindlichkeit anerkannt in allen Fällen[11], in welchen es sich nicht darum handelt, daß der Schuldner gegen seinen Willen zur Erfüllung genöthigt werden soll[12]. Dagegen wird sie,

---

macht, bedarf nicht der Insinuation), XII. 275 (ebensowenig die Zuwendung des Vaters an den Sohn zum Zweck der Begründung einer selbständigen Existenz), XII. 167 (wenn ein Mann seine Frau in eine Wittwenkasse oder Lebensversicherung einkauft, so fällt das nicht unter das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten). S. andererseits XXIII. 129a, Entscheid. des RG. VIII S. 144. S. Bremer Jahrb. f. Dogm. XIII S. 99 fg.

[11] Die Frage, bis zu welcher Grenze die natürliche Verbindlichkeit des Geschlechtsunreifen rechtliche Anerkennung gefunden habe, ist äußerst streitig. Der im Folgenden vorgetragenen Mittelmeinung stehen zwei extreme Ansichten gegenüber. 1) Die Verbindlichkeit der Geschlechtsunreifen hat gar keine rechtliche Anerkennung gefunden; die Stellen der Quellen, in welchen eine Verbindlichkeit der Geschlechtsunreifen anerkannt wird, setzen Bereicherung desselben voraus. So noch Puchta § 237. h. 2) Sie hat die volle Anerkennung gefunden, welche überhaupt einer natürlichen Verbindlichkeit zu Theil werden kann. So namentlich Savigny S. 61 fg.; außerdem Fritz Erläuter. II S. 269—274, Büchel S. 75—83, Erxleben S. 125, Scheurl Heidelb. krit. Zeitschr. I S. 507. 508, Rudorff Vormundsch. II S. 280, Sintenis I § 17 Note 24, wohl auch Eisele in dem akad. Programm „Unverbindlicher Gesetzesinhalt" 1885 S. 60 fg. Die hier vorgetragene Mittelmeinung wird (wenigstens ihrem Grundgedanken nach) vertheidigt von Glück IV S. 66 fg., Weber § 71, Reinhardt § 72. 73, Roßhirt in seiner Zeitschr. I S. 130 fg., Brandis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII S. 149 fg., Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 342 fg., Huschke Darlehn S. 81 fg., Bechmann Kauf II S. 193 fg., vgl. auch Rudorff zu Puchta's Vorlesungen § 237 Note 5, Scheurl krit. VJSchr. VI S. 521. Zwischen dieser Mittelmeinung und der unter 2 bezeichneten Ansicht nehmen wieder eine mittlere Stellung ein Keller Jahrb. d. gem. R. IV S. 372 fg., Schwanert § 18, Vangerow I § 279 Anm. (in der neuesten Auflage), denen zustimmt Arndts § 230 Anm. a. E. S. darüber Note 16. Eigenthümlich auch Brinz krit. Bl. III S. 15. Pand. S. 572. 2. Aufl. II S. 47. In früherer Zeit hat man sich auch wohl durch die Unterscheidung zwischen impuberes infantiae und pubertati proximi zu helfen gesucht. S. Fritz a. a. O. S. 271 Note 78. — Die von Goldschmidt Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 417 fg. (1856) begonnene neue Bearbeitung der Frage ist nicht fortgesetzt worden.

[12] a) Die Verbindlichkeit des Geschlechtsunreifen wird als naturalis obligatio bezeichnet in l. 42 pr. D. de iurei. 12. 2, l. 21 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 25 § 1 D. quando dies 36. 2, l. 95 § 4 D. de sol. 46. 3. b) Wenn Jemand etwas vermacht, was ein Geschlechtsunreifer ihm schuldig ist, so ist das Vermächtniß nicht deßwegen ungültig, weil er das Vermachte als ein Verschuldetes bezeichnet hat, l. 25 § 1 D. quando dies 36. 2. c) Der mit einem Geschlechtsunreifen abgeschlossene Kaufvertrag bricht bei der in diem addictio den früheren Kauf, l. 14 § 3 D. de in diem add. 18. 2. d) Die Erfüllung der Verbindlichkeit des Geschlechtsunreifen fällt weder unter den Gesichtspunkt der Schenkung, noch unter irgend einen anderen rechtlichen Gesichtspunkt als eben den der Erfüllung, l. 19 § 4 D. de don. 39. 5, l. 21 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 44 D. de sol. 46. 3. e) Verlust derselben ist Verlust ihres Betrages, l. 95 § 2 D.

wo dieß Letztere der Fall ist, als Verbindlichkeit nicht anerkannt. Deßwegen kann der Gläubiger sie nicht nur zur Compensation benützen[13], sondern muß auch das ihm auf Grund derselben irrthümlich Geleistete zurückgeben[14]. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es der ursprüngliche Schuldner selbst ist, welcher die irrthümliche Leistung gemacht hat, oder sein Rechtsnachfolger[15], und im ersten Fall, ob der Schuldner vor oder nach der Pubertät, mit oder ohne Beitritt des Vormundes, geleistet hat[16].

5. Die natürliche Verbindlichkeit desjenigen, welchem als Hauskind gegen das Verbot des Macedonianischen Senatsbeschlusses ein Darlehn gegeben worden ist[17], schließt die Rückforderung des irrthüm-

de sol. 46. 3. f) Es haftet der Bürge, welcher für sie eingetreten ist, l. 2 D. de fidei. 46. 1, l. 35 D. de rec. 4. 8, l. 127 D. de V. O. 45. 1, l. 95 § 4 D. de sol. 46. 3 (über l. 25 D. de fidei. s. Girtanner Bürgsch. S. 21 fg.). g) Sie kann novirt werden und noviren, l. 1 § 1 D. de nov. 46. 2, § 3 I. quib. mod. tollitur 3. 29.

[13] Das Gegentheil wird nicht durch l. 3 § 4 D. de neg. gest. 3. 5 bewiesen. In dieser Stelle ist nur der Satz enthalten, daß der Geschlechtsunreife nicht einfordern dürfe, was ihm aus einer gewissen Thatsache verschuldet wird, ohne seine eigene Verbindlichkeit aus dieser Thatsache zu erfüllen. Gegen das Compensationsrecht des natürlichen Gläubigers beweist auch, wenigstens ihrem Wortlaut nach, l. 4 § 4 D. de doli exc. 44. 4 (Keller Jahrb. d. gem. R. IV S. 375 Note 3). Daß dem Geschlechtsunreifen ein pactum de non petendo nicht entgegengesetzt werden darf, sagt l. 28 pr. D. de pact. 2. 14.

[14] L. 41 D. de cond. ind. 12. 6, l. 13 § 1 eod. In diesem Sinne heißt es in l. 58 [59] D. de O. et A. 44. 7: „Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem iure naturali obligatur".

[15] Das Gegentheil ist mit Unrecht auf Grund von l. 66 [64] pr. D. ad SC. Treb. 36. 1 behauptet worden. Brandis a. a. O. S. 152 läßt auf Grund dieser Stelle consequent das Rückforderungsrecht des Geschlechtsunreifen auch dann wegfallen, wenn an die Stelle seines Gläubigers ein Erbe getreten ist. [In l. 7 de evict. 21. 2 bringt der Erbe des Geschlechtsunreifen die (Evictions-) Verbindlichkeit erst in seiner Person zur Existenz.]

[16] Dieß leugnen nicht nur diejenigen, welche der natürlichen Verbindlichkeit des Geschlechtsunreifen überhaupt volle Wirkung zuschreiben, sondern auch Keller, Schwanert, Vangerow (Note 11), theilweise Huschke (Note 11). Sie nehmen an, daß ein Rückforderungsrecht nur wegen mangelnder Veräußerungsfähigkeit des Leistenden begründet sei, nicht aber wegen irriger Annahme einer juristischen Verbindlichkeit (vgl. l. 29 D. de cond. ind. 12. 6). Meiner Meinung nach liegt hier in den Quellen ein Widerspruch vor. Auf der einen Seite stehen l. 41 D. de cond. ind. 12. 6 („quia nec natura debet"), l. 13 § 1 eod. („et locupletior factus est"), l. 58 [59] D. de O. et A. 44. 7 („pupillus . . . ne quidem iure naturali obligatur"), auf der andern l. 42 pr. D. de iurei. 12. 2, l. 21 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 66 [64] pr. D. ad SC. Treb. 36. 1. Eine Vereinigung halte ich, wenn man nicht hüben oder drüben Gewalt thun will, nicht für möglich. So muß man sagen, daß die genannten Quellenzeugnisse sich gegenseitig aufheben, und daß demgemäß für den Ausschluß des Rückforderungsrechts bei irrthümlicher Erfüllung einer Pupillarschuld kein Beweis vorliegt.

[17] Savigny S. 77, Schwanert § 17. Dietzel das SC. Macedonianum

lich Geleisteten aus[18], und bildet eine genügende Grundlage für Bürgschaft, Pfandrecht, Novation, Erfüllungsversprechen[19]. Doch ist Verpfändung durch den Schuldner selbst, ebenso Novation und Erfüllungsversprechen, nur dann wirksam, wenn der Schuldner diese Rechtsgeschäfte nach Auflösung der väterlichen Gewalt vornimmt[20]. Die Compensationsbefugniß darf dem Gläubiger nicht gestattet werden[21]. — Eine gleiche natürliche Verbindlichkeit auch in andern Fällen anzunehmen, wo die Obligation durch eine ähnliche Vorschrift, wie die des Macedonianischen Senatsbeschlusses, für ungültig erklärt wird, ist bedenklich[22].

S. 138—150. Dueckers de SC. Macedoniano (Berolini 1866) p. 70—102. Mandry das gemeine Familiengüterrecht I S. 470—475. 502—534. II S. 153—158. Huschke Darlehn S. 179 fg.

[18] L. 9 § 4 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 26 § 9 l. 40 pr. D. de cond. ind. 12. 6, l. 14 D. de R. C. 12. 1, l. 19 D. de nov. 46. 2.

[19] L. 9 § 3 — l. 11 l. 18 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 9 pr. eod., l. 2 D. quae res pignori 20. 3, l. 2 C. ad SC. Mac. 4. 28 (vgl. über diese Stelle § 373 Note 17). Ueber l. 20 D. de SC. Mac. s. § 288 Note 11. Die Gültigkeit des Erfüllungsversprechens ist nicht ausdrücklich bezeugt, aber deßwegen nicht weniger unzweifelhaft. Vgl. übrigens l. 2 C. cit.: „vel alias agnovit". A. M. Dietzel S. 126. 131. — Der Bürge kann gemäß der Regel zur Zahlung nicht genöthigt werden, wenn er einen Regreß gegen den Hauptschuldner hat (l. 9 § 3 cit.). In dem gleichen Fall steht auch dem dritten Verpfänder die exceptio SCi zu, l. 2 D. quae res pignori 20. 3.

[20] Die Verpfändung vor Auflösung der väterlichen Gewalt wird regelmäßig schon deßwegen ungültig sein, weil dem Verpfändenden Eigenthum oder Dispositionsfähigkeit fehlt, vgl. l. 9 pr. D. de SC. Mac. 14. 6 („si paterfamilias factus"). Aber auch für obligatorische Rechtsgeschäfte wird die Ungültigkeit behauptet werden müssen, nach l. 2 C. ad SC. Mac. 4. 28, wo der Schluß a contrario kaum abzulehnen ist (§ 373 Note 18). Vgl. Wächter Württemb. Privatr. II S. 487, Dietzel a. a. O. S. 120 fg., Dueckers l. c. p. 77 sqq.

[21] Die herrschende Meinung erkennt auch sie an, so auch neuerdings Mandry a. a. O. I S. 522 fg. Aber die Compensationsbefugniß ist nirgends bezeugt. Und wenn der Schuldner genöthigt werden kann, dem Gläubiger zu lassen, was er ihm gegeben hat, folgt daraus, daß er genöthigt werden kann, ihm zu lassen, was er ihm nicht gegeben hat? Gegen die Compensationsbefugniß Unterholzner I S. 149, Sintenis II S. 514, Scheurl Jahrb. f. Dogm. S. 341—342. krit. VJSchr. S. 529, Dernburg Compensation 2. Aufl. S. 471, Eisele Compensation S. 331 fg., Huschke a. a. O. S. 188.

[22] Eine naheliegende Versuchung zu einer solchen Ausdehnung liegt darin, daß die römischen Juristen den Grund, warum die Macedonianische Vorschrift eine natürliche Verbindlichkeit bestehen lasse, darein setzen, daß diese Vorschrift zur Strafe des Gläubigers, nicht zum Vortheil des Schuldners gegeben sei (l. 9 § 4 D. de SC. Mac. 14. 6), und daß sie in Verbindung damit den allgemeinen Satz aufstellen: eine natürliche Verbindlichkeit bleibe immer übrig, wenn eine Obligation nur zur Strafe des Gläubigers für unwirksam erklärt sei l. 19 pr. l. 40 pr. D. de cond. ind. 12. 6). Aber es ist bekannt, wie äußerst gefährlich es ist, solche abstracte Aussprüche der römischen Jurisprudenz beim Worte zu nehmen (vgl. I § 123 Note 3). In der That, warum sollte der Sinn eines Ge-

6. Die natürliche Verbindlichkeit zwischen einerseits dem Vater und andererseits dem gewaltunterworfenen Kinde in seiner Eigenschaft als Inhaber eines Sondergutes (Peculium), d. h. eines factisch in den Händen des Kindes befindlichen, aber rechtlich dem Vater gehörigen Vermögens[23]. Das Sondergut, obgleich es Theil des Vermögens des Vaters ist, erscheint doch äußerlich als Vermögen des Kindes. Dadurch werden für die natürliche Auffassung obligatorische Beziehungen zwischen dem Hauptvermögen des Vaters und dem Sondergut möglich, welche sich rechtlich wirksam erweisen: 1) darin, daß sie in Betracht kommen, wo der Betrag des Sonderguts zu bestimmen ist[24]; 2) darin, daß die Verbindlichkeit des Kindes gegen den Vater eine genügende Grundlage für Bürgschaft, Pfandrecht, Erfüllungsversprechen und Novation bildet[25]. Durch die Auflösung der väter-

---

setzes, welches ein Forderungsrecht zur Strafe abspricht, nothwendigerweise der sein, daß das Forderungsrecht nur theilweise verloren gehen solle? Allerdings findet sich eine Anwendung desselben Gesichtspunktes in l. 3 § 2. 7 D. quod quisque iur. 2. 2; aber ohne Verweisung auf die Strafnatur der Bestimmung. Der hier vertretenen Ansicht sind Kierulff S. 27. 186, Savigny Syst. V S. 375—377, Erxleben S. 130, Dietzel a. a. O. S. 139—141, Sintenis I § 32 Anm. 43 und II § 82 Anm. 15, und im Grunde auch Schwanert S. 350. 471 fg., welcher die Regel zwar zur allgemeinen Anwendung bringen will, aber mit Berücksichtigung des besonderen Willens des einzelnen Gesetzes. Für beschränkte Anwendung: Vangerow I § 133 und III § 574 Anm. 2 g. E. unter Nr. 1 (wenn die Klage abgesprochen sei), Christiansen S. 106—111 (wenn dem Gläubiger Verlust des Forderungsrechts zu dem Ende gedroht sei, um ihn von der Eingehung des Geschäfts abzuhalten), Scheurl Jahrb. f. Dogm. S. 343 (bei dem Edicte über das ius iniquum und dem decretum D. Marci, vgl. S. 353). Für unbedingte Anwendung: Unterholzner I S. 511, v. d. Pfordten § 9, früher auch Scheurl Heidelb. krit. Zeitschr. S. 514. Eine besondere Ansicht bei Franke S. 71—73; ferner bei Schwing Arch. für civ. Pr. LVI S. 270 fg. (eine naturalis obligatio bleibe übrig, wenn die Absicht des Gesetzgebers auf irgend einen andern Zweck als Befreiung des Schuldners gerichtet gewesen sei). Savigny hat es früher versucht, an die Stelle dieser Regel die andere zu setzen, daß eine natürliche Verbindlichkeit dann übrig bleibe, wenn die Wirksamkeit der Obligation durch eine Vorschrift des ius civile, im Gegensatz zum ius gentium, ausgeschlossen werde. Er hat später, wie es scheint, diese Ansicht aufgegeben. Vgl. Syst. V S. 377. 379 mit Obl. I S. 78. Aehnlich wie Savigny Fein Arch. f. civ. Pr. XXVI S. 387 fg.

[23] S. g. peculium profecticium. S. § 484 Note 2 und 4, § 518 Note 1, Schwanert S. 309 fg., v. d. Pfordten Abhandlungen aus dem Pandekten-Recht Nr. 2, Mandry das gem. Familiengüterrecht I S. 150 fg. 354 fg. 365 fg.

[24] So namentlich den Gläubigern gegenüber bei der actio de peculio (§ 484 Note 14. 15); ferner demjenigen gegenüber, welchem der Vater das Sondergut vermacht (l. 5 l. 6 § 4 D. de pec. leg. 33. 8, l. 6 pr. § 1. 4. 5 l. 7 l. 8 § 1. 2 l. 9 § 1. 2 l. 10 l. 16 l. 21 l. 22 pr. D. eod.).

[25] L. 3 § 7 D. de pec. 15. 1 (vgl. § 1 I. de fidei. 3. 20, l. 56 § 1 D. de fidei. 46. 1, l. 34 § 8 D. de sol. 46. 3) erkennen ausdrücklich die Zulässigkeit der Bürgschaft für eine Peculiarschuld an, und dieselbe hat auch guten Sinn,

lichen Gewalt gewinnen diese Verpflichtungen keinen Zuwachs an Kraft[26]. — Verpflichtungen zwischen Vater und Kind, welche keine Beziehung auf das bezeichnete Sondergut haben, sind keine bloß natürlichen, sondern volle[27].

VI. Subjecte des Forderungsrechts.

Uebersicht.

§ 290.

Die Subjecte des Forderungsrechts sind auf der einen Seite der Gläubiger, das berechtigte Subject, auf der andern Seite der Schuld-

---

da sie dem Vater die Möglichkeit gibt, sich zu verschaffen, was er nicht erhalten würde. Nach Analogie der Bürgschaft muß auch Verpfändung, Erfüllungsversprechen, Novation für rechtlich wirksam erachtet werden. S. auch l. 11 § 1 D. de pec. 15. 1. Dagegen hat Bürgschaft (und nach Analogie derselben auch Verpfändung und wohl auch Erfüllungsversprechen) für eine Peculiar**forderung** rechtliche Wirksamkeit nicht, da hier der Vater, welcher Schuldner ist, durch den Bürgschaftsvertrag auch Gläubiger wird, und der Bürge „non potest pro eodem et eidem esse obligatus", l. 56 § 1 cit. (vgl. l. 71 eod.).

[26] Daraus erklärt sich einfach die berühmte l. 38 D. de cond. ind. 12. 6 (l. *Frater a fratre*). Vgl. im Uebrigen v. d. Pfordten. a. a. O. S. 172 fg., neuestens Bekker Aktionen II S. 352 fg. Die Ansicht v. d. Pfordten's (S. 184 fg.), daß § 2 der citirten Stelle die **Forderung** des Kindes an seine Person als solche, nicht an das Peculium anknüpfe, ist gewiß ungegründet; s. dagegen auch Sintenis III § 142 Anm. 142 Anm. 19. L. 64 D. de cond. ind. 12. 6, l. 14 D. de O. et A. 44. 7, l. 20 § 2 D. de statulib. 40. 7 sind von dem Falle zu verstehen, wo das Peculium an den Gewaltunterworfenen gefallen ist. Mandry a. a. O. S. 160.

[27] Nach ursprünglichem römischen Recht war zwischen dem Vater und dem Kinde in der väterlichen Gewalt eine juristische Verbindlichkeit überhaupt nicht möglich (l. 4. 11 D. de iud. 5. 1, l. 16 D. de furtis 47. 2, l. 2 pr. D. de contr. emt. 18. 1, § 6 I. de inut. stip. 3. 19). Denn eine juristische Verbindlichkeit setzt zwei sich selbständig gegenüberstehende Vermögenskreise voraus, und einen solchen Vermögenskreis hatte das Kind dem Vater gegenüber nicht. Allmälig aber hat das Kind dem Vater gegenüber vermögensrechtliche Selbständigkeit allerdings gewonnen (peculium castrense und quasi castrense, s. g. peculium adventicium), und soweit es sie gewonnen hat, muß nun auch die Möglichkeit einer juristischen Verbindlichkeit zwischen ihm und dem Vater anerkannt werden. Dieselbe ist in den Quellen für das peculium castrense ausdrücklich bezeugt (l. 4 D. de iud. 5. 1, l. 2 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 15 § 1. 2 D. de castr. pec. 49. 17); aber auch für das peculium adventicium muß sie behauptet werden, obgleich hier die Compilatoren es unterlassen haben, die nöthige Consequenz zu ziehen. So bleiben für die natürliche Verbindlichkeit nur übrig: 1) die Fälle geschäftlicher Beziehung zwischen dem Vater und dem Sondergut als solchem; 2) der Fall, wo das Kind, ohne ein Sondergut zu haben, eine Forderung gegen den Vater aus dem Vermögen des Vaters erwirbt — denn für den Erwerb aus dem Vermögen des Vaters ist die alte Unfähigkeit des Kindes stehen geblieben (l. 6 pr. C. de bon. quae lib. 6. 61), und so wird eine solche Forderung, indem das Kind sie erwirbt, peculium profecticium. Vgl. II § 519 Note 5. § 484

ner, das verpflichtete Subject (§ 250. 251). Dabei sind folgende Punkte in nähere Erwägung zu ziehen.

1. Regelmäßig ist das in dem Forderungsrecht berechtigte bez. verpflichtete Subject ein bestimmtes Individuum. Es kann aber auch das Gegentheil der Fall sein. Davon näher in § 291.

2. Es kann vorkommen, daß auf der Gläubiger- oder auf der Schuldnerseite oder auf beiden Seiten eine Mehrheit von Individuen steht. Davon näher in § 292 fg.

3. Die Subjecte des Forderungsrechts können wechseln; an die Stelle des Gläubigers kann ein anderer Gläubiger, an die Stelle des Schuldners ein anderer Schuldner treten. Von diesem Verhältniß wird passender an einem andern Ort, unter dem Gesichtspunkt der Veränderung des Forderungsrechts, gehandelt (§ 328 fg.).

A. Unbestimmtheit des Subjects*.

§ 291.

Eine Unbestimmtheit des Subjects des Forderungsrechts liegt dann vor, wenn die Gläubigerschaft oder Schuldnerschaft an ein gewisses Verhältniß in der Weise angeknüpft ist, daß Jeder, welcher in dieses Verhältniß eintritt, Gläubiger oder Schuldner ist, aber auch nur so lange, als er in diesem Verhältniß steht. Unter den Verhältnissen, durch welche in dieser Weise die Gläubigerschaft und Schuldnerschaft vermittelt werden kann, sind von besonderer Wichtigkeit die Verhältnisse zu einer Sache, Eigenthum, sonstiges dingliches Recht, Besitz. Uebrigens ist diese künstliche Art der Verknüpfung eines Forderungsrechts mit der Person im römischen Rechte weniger ausgebildet[1], als im modernen Recht. Unter den hierher gehörigen

Note 2, und über die verschiedenen Meinungen v. d. Pfordten Abhandl. S. 141 fg., Schwanert S. 332 fg., Seuffert (Pand.) § 483, Sintenis III § 142 Note 8, Arndts § 435. 436. — Ueber die Behandlung der sich nicht auf das Sondergut beziehenden Verbindlichkeiten zwischen Vater und Kind vor der Ausbildung des peculium castrense und adventicium vgl. noch Mandry a. a. O.

* Savigny Obl. I § 15. Dernburg Preuß. Privatr. II § 13. Stobbe III § 175.

[1] Aus dem römischen Recht gehören hierher die Noxalansprüche, die s. g. actiones in rem scriptae (I § 45 Note 6), und die mit der servitus oneris ferendi verbundene Reparaturpflicht (I § 211a Note 3): in dem letzten Fall ist sowohl der Gläubiger als der Schuldner unbestimmt. Ein anderer Fall unbestimmter Gläubigerschaft in § 473 Note 16. Auch die Verpflichtung zur Entrichtung einer verfallenen Grundsteuer gehört hierher, wenn man es als feststehend annimmt, daß das römische Recht den bisherigen Eigenthümer in derselben Weise entlastet hat, wie es den neu eintretenden Eigenthümer für verpflichtet erklärt hat. Seuff. Arch. XI. 45. S. l. 7 pr. D. de publ. 39. 4, l. 5 § 2 § 291.

Rechtsinstituten überragt alle anderen an Wichtigkeit das dem modernen Recht angehörende Institut der Forderungen aus Inhaberpapieren[2] und Ordrepapieren[3].

D. de cens. 50. 15, l. 2. 3 C. sine censu 4. 47, l. 2 C. de ann. et trib. 10. 16. Vgl. Dernburg Pfandrecht I S. 352—354, Mathiaß die röm. Grundsteuer und das Vectigalrecht (Erlangen 1882) S. 31 fg., Pernice Parerga II S. 57 fg., und im Allgemeinen Bekker Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 508. 532—537, Pernice a. a. O. S. 72 fg. — Eine willkürliche Verknüpfung einer Obligation mit einem Grundstück gestattet das römische Recht nicht, l. 81 § 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 12 D. de ann. leg. 33. 1 (s. aber auch I § 220 Note 5). Daß es im heutigen Recht (auch abgesehen von dem Fall der Reallasten, s. darüber Note 6) anders sei, behauptet v. Meibom Jahrb. d. gem. R. IV S. 456 fg.; dawider Gerber Jahrb. f. Dogm. VI S. 279 fg.

[2] Die Lehre von den Inhaberpapierforderungen, deren Darstellung in dieses Werk nicht gehört, hat in der neueren Zeit eine sehr reiche Literatur erhalten; ein Verzeichniß derselben (aus welcher hervorzuheben ist, Kuntze die Lehre von den Inhaberpapieren oder Obligationen au porteur, 1857) bei Thöl Handelsrecht I § 54a Note 1 (5. Aufl. § 222), und bei Stobbe III § 179. 180. Dazu jetzt Brunner in Endemann's Handbuch des Handelsrechts II S. 196 fg. (1882); über diese Darstellung Gierke Zeitschr. für Handelsr. XXIX S. 25. [Hasenöhrl II S. 17 fg.] Diejenige unter den von dieser Lehre zu beantwortenden Fragen, durch welche dieselbe mit dem gegenwärtigen Punkte des Systems zusammenhängt, ist die, in welcher Weise die Verknüpfung des Forderungsrechts mit den verschiedenen Gläubigern zu denken sei. Diese Frage ist in sehr mannigfacher Weise beantwortet worden, wobei sich folgende Hauptrichtungen zeigen. 1) Das Forderungsrecht geht von einem Gläubiger auf den andern durch Cession über, womit man, wenn man es mit dem Ausdrucke strenge nimmt, sagen will, daß der erste Gläubiger der eigentliche Gläubiger bleibe, und jeder folgende Papierinhaber nur ein Recht auf Ausübung des jenem Ersten fortwährend zustehenden Forderungsrechts erwerbe. 2) Das Forderungsrecht geht von einem Gläubiger auf den andern durch Singular-Succession über, d. h. jeder Inhaber ist wirklicher Gläubiger, aber immerhin leitet er sein Recht von dem Rechte seines Vormannes ab. 3) Kein Inhaber leitet sein Recht von dem Rechte seines Vormannes ab, sondern das Forderungsrecht bewegt sich vermöge der in dasselbe gelegten Kraft durch die verschiedenen Papierinhaber hindurch, wobei es die Möglichkeit eines Fortbestehens auch ohne augenblicklichen Gläubiger (Fortbestehen in ruhendem Zustand: Dereliction des Papiers, Rückkehr des Papiers zum Schuldner) besitzt. 4) Jeder Inhaber erwirbt ein neues Forderungsrecht. 5) Vor der Präsentation des Papiers besteht ein Forderungsrecht überhaupt nicht; das Papier gibt nur die Befugniß, sich durch Präsentation zum Gläubiger zu machen. Die Auffassung, welche der Darstellung im Texte zu Grunde liegt, ist die dritte. Vgl. noch Hauser Stellvertret. im Besitze S. 74 (krit. VJSchr. XIII S. 312). — Uebrigens denke man bei Inhaberpapierforderungen nicht bloß an Forderungen, welche auf Geben von Geld gerichtet sind, sondern auch z. B. an Theaterbillets, Eisenbahnfahrbillets, Badekarten, Eßmarken 2c.

[3] Der Hauptpräsentant des Ordrepapiers ist der Wechsel; vgl. im Uebrigen HGB. Art. 301—305. Goldschmidt Handelsrecht I S. 672 fg. 760 fg. 773 fg. 787 fg. 793 fg., Stobbe III § 178. [Hasenöhrl II S. 83 fg.] Die Frage nach dem Verhältniß der Forderung zum Subject ist hier dieselbe, wie bei den Inhaberpapierforderungen; der Unterschied ist nur der, daß das Verhältniß, welches die Forderung mit sich durch die verschiedenen Gläubigerpersonen hin-

Von dem hier bezeichneten Fall ist ein anderer zu unterscheiden, derjenige nämlich, wo zwar auch die Gläubigerschaft oder Schuldnerschaft von einem gewissen Verhältniß der Person abhängt, aber derjenige, welcher durch das betreffende Verhältniß einmal zum Gläubiger oder Schuldner gemacht worden ist, es auch definitiv bleibt, gleichgültig ob er fortfährt, in diesem Verhältniß zu stehen, oder ob er aus demselben hinaustritt[4]. In diesem Falle ist nicht sowohl eine Unbestimmtheit des Subjects des Forderungsrechts, als vielmehr eine Unbestimmtheit in der anfänglichen Bezeichnung des Subjects vorhanden, welche Unbestimmtheit sich hinterher in eine Bestimmtheit auflöst. Nur dann geht dieser Fall in den zuvor bezeichneten über, wenn das betreffende Verhältniß nicht bloß ein Mal wirkt, sondern jeden in dasselbe Hineintretenden in gleicher Weise zum Gläubiger oder Schuldner macht[5], insofern man nämlich dann die sämmtlichen aus diesem Verhältniß entstehenden Rechte und Verpflichtungen als Ausfluß Eines Gesammtrechts und einer Gesammtverpflichtung denkt. Von dieser Art ist das wichtigste unter allen hierher gehörigen Rechtsinstituten, das Institut der Reallasten, ein Institut, welches ebenfalls nicht dem römischen Rechte angehört, sondern germanischen Ursprungs ist[6].

B. Mehrheit der Subjecte*.

Einleitung.

§ 292.

Wenn Mehrere zusammen Etwas zu fordern haben oder zusammen Etwas schuldig sind, so ist die Regel, daß zwischen ihnen eine

durchträgt, anders bestimmt ist, und daß das Accept und das Indossament neben der Obligation zu Lasten des Ausstellers andere ähnliche Obligationen (Obligationen mit unbestimmtem Gläubiger) zu Lasten des Acceptanten und des Indossanten begründet oder begründen kann. Vgl. Kuntze Wechselrecht S. 312—317. Skonietzki Gruchot's Beitr. XXIX S. 79 fg. 210 fg.

[4] Beispiel: Vermächtniß an denjenigen, der eine bestimmte Person heirathen wird (§ 25. 27 I. de leg. 2. 20).

[5] Beispiel aus dem römischen Recht: die mit der Emphyteuse und der Superficies verbundene Verpflichtung zur Entrichtung einer jährlichen Abgabe — zu Lasten des jedesmaligen Emphyteuta und Superficiars, zu Gunsten des jedesmaligen Eigenthümers.

[6] S. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts. Monographische Bearbeitungen dieser Lehre: Dunker die Lehre von den Reallasten. (1837). Friedlieb die Rechtstheorie der Reallasten (1860, vgl. krit. VJSchr. IV S. 307—310). — Uebrigens ist noch immer Streit darüber, ob die Reallasten wirklich Obligationen sind, und nicht vielmehr zu den dinglichen Rechten gehören. S. über diese Frage aus der neueren Zeit noch Häberlin Zeitschr. f. deutsch. R. XVIII S. 131 fg. (1858), Gerber Jahrb. f. Dogm. II S. 35 (1858) und VI S. 266 fg. (1862), v. Meibom Jahrb. d. gem. R. IV S. 498 fg. (1860), Stobbe II § 101.

Theilung der Leistung nach Bruchtheilen eintritt. Nur scheinbar hat daher jeder Gläubiger Dasselbe zu fordern und ist jeder Schuldner Dasselbe schuldig, und nur scheinbar findet für alle Gläubiger und

* Ribbentrop zur Lehre von den Correal-Obligationen (1831). Savigny Obligationenrecht I § 26—27 (1851). Brinz kritische Blätter Nr. 4 (1853). Bekker die processualische Consumption § 17 (1853). Rückert zur Theorie der Correalobligationen, Zeitschrift f. Civ. u. Pr. N. F. XII S. 1 fg. (1855). Vangerow III § 573 (S. 56, 7. Aufl. 1868). Kuntze die Obligation ꝛc. § 30—57 (1856), vgl. dens. zu Holzschuher III S. 111—115 (1864). v. Helmolt die Correal-Obligationen (1857). Demangeat des obligations solidaires en droit romain (1858). Windscheid zur Lehre von den Correalobligationen, krit. Ueberschau VI S. 209 fg. (1859). Fitting die Natur der Correalobligationen (1859). Stintzing zur Lehre von den Correalobligationen krit. VJSchr. I S. 509 fg. Girtanner die Stipulation S. 252—289 (1859). Samhaber zur Lehre von der Correalobligation (1861). Windscheid krit. VJSchr. III S. 161—179 (1861). Dworzak zur Lehre von der Correalobligation, Haimerl's österr. VJSchr. Bd. VIII Heft 2 (1861.) O. Schönemann in der Beilage zur Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIX S. 9—17 (1862). Fritz Beitrag zur Lehre von den Correalobligationen und über den Musterfall der römischen Correal-obligationen, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVII S. 145 fg. XVIII S. 355 fg. XIX S. 55 fg. XXII S. 451 fg. (1860—65). Baron die Gesammtrechtsverhältnisse im röm. R. S. 205—391 (1864). Siebenhaar Correalobligationen nach römischem, gemeinem und sächsischem Recht (1867—1868). (Diese Schrift kündigt sich an als ein Protest der Praxis gegen die Theorie, und im Besondern gegen die Keller-Ribbentrop'sche Theorie. Ich wage es zu behaupten, daß dieser Protest spurlos vorübergehen wird.) Mages die Gesammtschuldverhältnisse des österreichischen Rechts (1872). (Diese mit Einsicht und Verständniß geschriebene Schrift sucht die Keller-Ribbentrop'sche Theorie auch für das Oesterreichische Recht zu verwerthen. Ueber dieselbe Harum in Grünhut's Zeitschr. f. d. Privat- und öffentl. R. der Gegenw. I S. 20 fg. und Randa krit. VJSchr. XVI S. 520 fg.) Bruns in v. Holtzendorff's Encyclop. 2. Aufl. I S. 74 (1872). Brinz zur Lehre von der Correalobligation und den solidarischen Schuldverhältnissen (akad. Programm 1873, auch krit. VJSchr. XVI S. 1 fg.). Bekker Aktionen II S. 300—323 (1873). Czyhlarz Beitrag zur Lehre von den Correalobligationen, Grünhut's Zeitschr. III S. 59—139 (1876). Landucci le obligazioni in solido secondo il diritto romano libro I (1880). (Darüber Ryk Zeitschr. f. Handelsr. XXVIII S. 436 fg., Schneider krit. VJSchr. XXVI S. 453 fg.) Ryk Lehre von den Schuldverhältnissen I S. 52 fg. (1883). Unger Jahrb. f. Dogm. XXII S. 207 fg. (1884). (Darüber Schneider krit. VJSchr. XXVI S. 462 fg., Hölder Festgabe zu Scheurl's Jubiläum (1884) (Dazu Ubbelohde Gött. gel. Anz. 1885 S. 154 fg.) Unger Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 106 fg. (1884). Waldner die correale Solidarität (1885). Hölder Arch. f. civ. Pr. LXIX S. 203 fg. (1885). [Mitteis die Individualisirung der Obligation S. 49 fg. (1886). (Darüber Hofmann Grünhut's Zeitschr. XIV S. 146 fg., Pernice Zeitschr f. HG. XXIII S. 438 fg.) Kuntze die Obligationen im röm. u. heut. R. S. 141–186 (1886). Hartmann Zeitschr. f. Schweiz. R. N. F. VI S. 113—150 (1886). Mitteis Grünhut's Zeitschrift XIV S. 419 fg. (1887).] — Unterholzner I § 86—91, Sintenis II § 89, Brinz § 142—143. 2. Aufl. II § 232—236. 252—254, [Dernburg II § 70—78, Wendt § 206—209]. Stobbe III § 176. — Noch im Jahre 1829 konnte geschrieben werden (Guyet Abhandl. aus dem Gebiete des Civilrechts S. 262): „Es ist . . nicht leicht über irgend einen andern

Schuldner einunddasselbe Forderungsrecht statt; in der Wirklichkeit ist, wie jeder Gläubiger etwas Anderes zu fordern hat und jeder Schuldner etwas Anderes schuldig ist, so auch für jeden Gläubiger und jeden Schuldner ein besonderes, von dem Forderungsrecht des Andern unabhängiges Forderungsrecht vorhanden. Diese Theilung tritt sowohl in dem Fall ein, wo die Gemeinschaftlichkeit der Berechtigung und Verpflichtung eine ursprüngliche ist, d. h. darauf beruht, daß die begründende Thatsache mehrere Personen zugleich erfaßt hat, als in dem Falle, wo die Gemeinschaftlichkeit eine nachfolgende ist, d. h. darin ihren Grund hat, daß an die Stelle des ursprünglichen Einen Gläubigers oder Schuldners durch Erbgang eine Mehrheit von Personen getreten ist[1].

Die Theilung der Leistung und damit des Forderungsrechts unter die mehreren Gläubiger und Schuldner tritt indessen nicht immer ein. Sie ist nicht möglich, wenn die Leistung eine Theilung ihrer Natur nach nicht zuläßt (§ 253). Aber auch wo Theilung möglich ist, kann sie durch die Willkür der Parteien oder durch gesetzliche Bestimmung ausgeschlossen sein. Dieß sind die beiden Fälle, von denen hier näher zu handeln ist; sie müssen jedoch, da für sie nicht durchweg das Nämliche gilt, in der Betrachtung auseinander gehalten werden. Zuerst wird von dem letzten Fall gehandelt werden; die hergebrachte Bezeichnung für denselben ist „Correalobligation" (active Correalobligation oder Correalforderung, passive Correalobligation oder Correalschuld, Correalgläubiger, Correalschuldner)[2].

Mit der Correalobligation theilt die ökonomische Bedeutung ein anderes Rechtsverhältniß, dessen juristische Structur eine wesentlich

---

Hauptpunkt des römischen Rechts die Literatur so dürftig, wie über diesen". Mancher möchte vielleicht diesen Zustand zurückwünschen. — Dogmengeschichtliche Uebersichten bei Windscheid in dem zuerst genannten Aufsatz, Dworzak, Samhaber, Fritz in dem Aufsatz XVII S. 145 fg., [Kuntze in der zuletzt genannten Schrift, Mitteis in dem Aufsatz in Grünhut's Zeitschr.]

[1] Für diesen letzteren Fall war die Theilung in den 12 Tafeln ausdrücklich § 292.
anerkannt: l. 6 C. fam. erc. 3. 36, l. 1 C. si un. ex plur. 8. 31 [32]. In Betreff des Falls ursprünglicher Gemeinschaftlichkeit s. l. 11 § 1. 2. D. de duobus reis 45. 2, l. 5 C. si certum 4. 2, l. 1. 2 C. si plures 7. 55, l. 43 D. de re iud. 42. 1.

[2] Diese Bezeichnungen beruhen auf dem in unseren Quellen Ein Mal (in l. 3 § 3 D. de lib. leg. 34. 3) vorkommenden Ausdruck „correus". Gewöhnlich sprechen die Quellen von duo oder plures rei schlechthin, oder mit dem Zusatz credendi, debendi (l. 34 pr. D. rec. 4. 8), oder stipulandi, promittendi (häufig) — welche Ausdrücke jedoch nicht streng technisch sind, vgl. l. 31 § 10 D. de aed. ed. 21. 1 (Ribbentrop S. 158—169), l. 5 § 15 D. commod. 13. 6, auch l. 45 D. de adm. et per. 26. 7.

verschiedene ist, das Verhältniß, wo zwar auch bei einer Mehrheit der Gläubiger oder Schuldner nur einmalige Leistung gefordert werden kann, aber für jeden Gläubiger und Schuldner ein besonderes Forderungsrecht vorhanden ist. Wegen der Gleichheit der ökonomischen Bedeutung muß dieses Verhältniß zugleich mit der Correalobligation, obgleich es im System an diesen Ort nicht gehört, abgehandelt werden. Man pflegt zur Bezeichnung desselben den Ausdruck „bloß solidarische Obligation"[3] zu gebrauchen.

1. Die Correalobligation*.

a. Rechtsverhältniß.

§ 293.

Die Correalobligation ist eine einige Obligation mit einer Mehrheit der subjectiven Beziehungen. Das will sagen, daß bei einer Mehrheit von Gläubigern für den in der Obligation enthaltenen Rechtsbefehl der Wille eines jeden Gläubigers maßgebend ist, als wäre er der einzige Gläubiger, und daß bei einer Mehrheit von Schuldnern der in der Obligation enthaltene Rechtsbefehl an jeden Schuldner gerichtet ist, als wäre er der einzige Schuldner[1]. Daher kann jeder

---

[3] Auch das Correalverhältniß ist ein Solidarverhältniß, d. h. ein Verhältniß, bei welchem jeder Gläubiger und Schuldner „solidum" zu fordern hat und schuldig ist. Aber das Correalverhältniß hat außer der Solidarität noch eine andere Eigenschaft, die der Einheit der Obligation. Savigny gebraucht zur Bezeichnung des bloß solidarischen Verhältnisses den Ausdruck „unächte Correalität" oder „unächtes Correalverhältniß". — Die Bezeichnung, daß jeder Gläubiger und Schuldner „solidum" zu fordern habe und schuldig sei, ist quellenmäßig (vgl. z. B. § 1 I. de duob. reis 3. 16, l. 2 D. eod. 45. 2, l. 55 pr. D. de adm. tut. 26. 7); aber sie sagt eigentlich nicht, daß nur einmalige Leistung gefordert werden könne, weßwegen auch die Quellen keinen Anstand nehmen, dieselbe Bezeichnung da zu gebrauchen, wo Mehrere aus Einer Thatsache in der Weise auf das Ganze haften, daß Jeder das Ganze leisten muß, vgl. z. B. l. 21 § 9 D. de furt. 47. 2, l. 1 C. de cond. furt. 4. 8. Wo die Quellen hervorheben wollen, daß nur Ein Mal geleistet zu werden brauche, sagen sie, daß die Mehreren „idem", „eandem pecuniam" zu fordern haben bez. schuldig seien, vgl. z. B. l. 21 § 5 D. de pact. 2. 14, l. 12 § 3 D. de inoff. 5. 2, l. 17 § 2 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 2 l. 18 l. 19 D. de duob. reis 45. 2, l. 38 pr. l. 45 D. de adm. tut. 26. 7, l. 52 § 3 D. de fidei. 46. 1.

* Inst. 3. 16 de duobus reis stipulandi et promittendi. Dig. 45. 2 de duobus reis constituendis. Cod. 8. 39 [40] de duobus reis stipulandi et promittendi.

§ 293. [1] Die Formel: Einheit der Obligation, Mehrheit der subjectiven Beziehungen zur Bezeichnung des Wesens der Correalobligation ist zuerst von Keller (über Litiscontestation und Urtheil S. 446 fg.) aufgestellt und durch die bei * vor § 292 bezeichnete Schrift von Ribbentrop für lange Zeit zur herrschenden Ansicht erhoben worden. Seit der Mitte der fünfziger Jahre aber hat diese Ansicht

Gläubiger die Forderung einziehen, ohne der Mitwirkung des Mitgläubigers zu bedürfen, von jedem Schuldner kann die Forderung

---

Anfechtungen erfahren. Es ist die Behauptung aufgestellt worden, daß auch bei der Correalobligation, wie bei dem bloßen Solidarverhältniß, eine formale Mehrheit der Obligationen für die einzelnen Gläubiger und Schuldner vorhanden sei. Dieser Auffassung huldigen Rückert, Kuntze, v. Helmolt, Fritz (der zwar äußerlich die Einheitstheorie mit der Mehrheitstheorie combinirt, aber die Annahme der Einheit nur auf einem vulgären Sprachgebrauch beruhen läßt — dawider Fritz XXII S. 455, aber s. XVII S. 165—166. XVIII S. 377—387 —), Schönemann, Sintenis in der zweiten Auflage, E. A. Seuffert in der neuesten Auflage von seines Vaters Lehrbuch § 228 Note 4, Czyhlarz, Dernburg Preuß. Privatrecht II § 47, Landucci, Ryk, Waldner (mit einer eigenthümlichen Wendung: Jeder ist Gläubiger und Schuldner zum Theil für sich, zum Theil für den Anderen), [Mitteis]. S. dawider Windscheid, Samhaber, Dworzak, Bruns a. a. OO. Andere Schriftsteller haben nach einer Vermittelung zwischen der Einheits- und der Mehrheitstheorie gesucht oder beide mit einander combinirt. So schon früher Hasse Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der Gütergemeinschaft S. 47. 48 Note 1 (1808): Einheit des Rechts bei Mehrheit der Verbindlichkeiten bez. Einheit der Verbindlichkeit bei Mehrheit der Rechte (dawider Ribbentrop S. 17); aus der neueren Zeit: Bekker proz. Consumption a. a. O.: Einheit der Obligation bei Mehrheit der Aktionen (dawider Windscheid krit. Ueberschau a. a. O. S. 222); ders. Aktionen S. 316 fg.: Einheit des Anspruchs bei Mehrheit der Aktionen; [Pernice a. a. O. S. 440: Einheit der actio bei Mehrheit der Ansprüche;] Baron a. a. O. namentlich § 19: Mehrheit der Obligationen für die einzelnen Gläubiger und Schuldner, eine einige Obligation für ihre Gesammtheit; Siebenhaar a. a. O. S. 26 fg.: die mehreren Obligationen sind zugleich Eine (— gegen die beiden zuletzt genannten Schriftsteller s. die früheren Auflagen dieses Lehrbuchs); Unger a. a. O.: die mehreren Obligationen sind in der Vorstellung zu einer Einheit zusammengefaßt; Hölder a. a. O.: die Obligation des Einen wird als die des Anderen gedacht (fingirt); Hartmann die Obligation S. 153 fg.: Mehrheit der Obligation als Regel, in gewissen Fällen Einheit; Brackenhöft Identität und Connexität S. 145 fg.: Einheit bei der aktiven, Mehrheit bei der passiven Correalobligation (dawider Vangerow S. 70 [7. Aufl. S. 64]); in gewisser Weise gehört auch Fritz hierher (s. oben). [S. auch Ryk a. a. O. S. 65: Mehrheit von Obligationen, deren Gesammtwirkung sich als die Wirkung einer einzigen Obligation mit einer Mehrheit von Subjecten darstellt. Kuntze: Mehrheit der Obligationen, Einheit des Obligationsinhalts; Dernburg § 71 Ziff. 1: die mehreren Obligationen sind zu einem „Rechtsverhältniß" vereinigt; Puntschart krit. VJSchr. XXIX S. 509 fg.: Einheit des Haftungsverhältnisses bei Mehrheit der Haftungen, aus denen durch die petitio Eine Forderung bez. Schuld hervorgeht.] Eine fernere Auffassung verhält sich gegen den Gegensatz der Obligations-Einheit und Mehrheit indifferent; es ist dieß die namentlich durch Fitting a. a. O. (s. außerdem Koch Recht der Forderungen II § 62, Girtanner Bürgschaft S. 75—79. 397—402. 568. Stipulation S. 252—274) vertretene Auffassung, welche die Correalobligation mit der alternativen Obligation zusammenstellt. Fitting sieht das Wesen der Correalobligation darin, daß einstweilen noch eine Unbestimmtheit in Betreff der Person des Gläubigers oder des Schuldners stattfinde, und erst durch eine später eintretende Wahl gehoben werde. Dieser Auffassung hat sich im Wesentlichen Stintzing a. a. O. angeschlossen. S. gegen dieselbe Samhaber S. 125 fg., Windscheid krit. VJSchr. S. 164 fg., Salkowski Novation S. 456 fg., Vangerow 7. Aufl.

eingezogen werden, ohne daß er sich auf das Vorhandensein eines Mitschuldners berufen dürfte[2]. Ist aber ein Mal geleistet worden, so

III S. 62, Brinz in dem cit. Programm S. 6 fg. Pand. II S. 181. Doch glaube ich, daß in dieser Auffassung ein wahres Element liegt. Auch die Einheitstheorie wird, wenn sie nicht mit der Identität des Subjects auch die Identität der Leistung aufgeben will, nicht umhin können, die Correalobligation aufzufassen als gerichtet auf eine Leistung mit alternativ bestimmtem Inhalt — Leistung durch A oder B, an A oder B. Nur, da sogleich jeder Leistungsinhalt gefordert werden kann, ist auch sogleich jeder in obligatione, und daher jeder in der Correalobligation Bezeichnete sogleich Gläubiger und Schuldner (§ 255 Note 5). S. auch Arndts 5. Aufl. und spätere § 213 zu Anm. 6. [Hofmann a. a. O. S. 153 fg.: Alternation in Betreff der Leistung, Conjunction in Betreff der Haftung.] Ueber eine eigenthümliche Wendung, welche Brinz krit. Blätter a. a. O. der Einheitstheorie gegeben hat (Vertretung des einen Obligationssubjects durch das andere), s. Windscheid krit. Ueberschau S. 227—229, Fitting S. 5 fg., Dworzak S. 6, Arndts § 213 Anm. 5; aber auch Rudorff zu Puchta § 233. a, Unger S. 252, Hölder S. 32 fg., Waldner S. 23. In dem oben citirten Programm, sowie in den Pandekten (2. Aufl. II § 235. 253) hält Brinz seine Auffassung fest: neu aber ist, daß er auf Grund dieser Auffassung nun auch bei dem bloßen Solidarverhältniß Einheit der Obligation annimmt, und damit zu der Theorie zurückkehrt, welche vor Keller-Ribbentrop die allgemein herrschende war. Vgl. § 298 Note 2a. 3. — Der geschilderte Zustand der Lehre ist wenig erfreulich. Es ist auch keine Aussicht vorhanden, daß eine Einigung der Meinungen wird erzielt werden. Durch den Aufsatz Unger's ist der Streit neu angefacht worden. Ich halte an der früher vertretenen Auffassung fest. Es handelt sich um die Erklärung der rechtlichen Erscheinung, daß bei der Correalobligation Thatsachen, welche nur in der Person Eines Gläubigers oder Schuldners eintreten, auf den anderen Gläubiger oder Schuldner hinüberwirken, ohne daß in diesen Thatsachen Erfüllung oder ein Erfüllungssurrogat liegt, vor allem litis contestatio, dann Erlaß, Eid, Urtheil (vgl. Windscheid krit. Ueberschau S. 213—218. krit. VJSchr. S. 169—174, und unten § 295 Note 3. 4. 6. 8, § 296 Note 1). Für diese rechtliche Erscheinung scheint mir immer noch der einfachste und natürlichste Ausdruck, daß das römische Recht als möglichen Gegenstand rechtlicher Bestimmtheit dasjenige ansieht, was übrig bleibt, wenn davon abgesehen wird, daß gerade diese Person Gläubiger oder Schuldner ist, und das ist die Obligation als solche. [Hartmann in dem Aufsatz in der Zeitschr. für Schweiz. R.: Einheit und Mehrheit sind Schulformeln; es kommt darauf an, aus der Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses zu entwickeln, ob eine das eine Subject betreffende Thatsache auf das andere hinübertritt oder nicht.] — Daß die Ausdrucksweise der Quellen nicht entscheidet, darf als anerkannt angesehen werden. Die Quellen sprechen sowohl von una obligatio (pr. I. h. t., l. 9 pr. D. de pactis 2. 14, l. 116 D. de V. O. 45. 1, l. 3 § 1 l. 9 § 1 D. h. t., l. 71 pr. D. de fidei. 46. 1, l. 16 pr. D. de accept. 46. 4, l. 14 D. ratam rem 46. 8), als von plures obligationes (l. 3 pr. l. 9 § 2 l. 13 D. h. t., l. 5 D. de fidei. 46. 1, l. 31 § 1 D. de nov. 46. 2, l. 128 D. de V. D. 45. 1). Die „plures obligationes" erklärt die Einheitstheorie von der Mehrheit der subjectiven Beziehungen, für die Mehrheitstheorie bietet sich eine Erklärung in der Einheit der Leistungspflicht dar (vgl. jedoch auch Windscheid krit. Ueberschau VI S. 212).

[2] L. 31 § 1 D. de nov. 46. 2: — „ex quibus colligitur, unumquemque perinde sibi adquisisse, ac si solus stipulatus esset, excepto eo, quod etiam facto eius, cum quo commune ius stipulantis est, amittere debitorem potest".

ist jeder Gläubiger beseitigt und jeder Schuldner befreit[3]. Uebrigens kann der Gläubiger, wenn er will, seine Forderung auch theilen[4].

Die bezeichnete strenge Verhaftung der Correalschuldner kommt jedoch nicht überall rein zur Anwendung. Gewisse Correalschuldner genießen die Begünstigung, daß sie nur subsidiarisch haften, nur für den Fall, daß der Gläubiger nicht im Stande sein sollte, von den andern Mitschuldnern Befriedigung zu erlangen. Diese Begünstigung bezieht sich entweder auf die ganze Schuld, so daß der Begünstigte in erster Linie für gar nichts haftet (Rechtswohlthat der Vorausklage)[5], oder nur auf die auf die übrigen Mitschuldner fallenden Kopftheile, so daß der Begünstigte für seinen Kopftheil in erster Linie haftet (Rechtswohlthat der Theilung)[6]. Die erste Begünstigung genießt der Bürge in seinem Verhältniß zum Hauptschuldner[7], ebenso jeder andere vertragsmäßige Correalschuldner, welcher die Schuld nur im Interesse seines Mitschuldners übernommen hat[8]; die zweite Begünstigung kommt zu Gute: a) mehreren Bürgen, welche für dieselbe Schuld eingetreten

L. 3 § 1 D. h. t. „Ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti . .“. — An und für sich könnte das Rechtsverhältniß auch anders geordnet sein, nämlich so, daß die eine ungetheilte Obligation nur von den mehreren Gläubigern zusammen und nur gegen die mehreren Schuldner zusammen geltend gemacht werden dürfte. Diese Ordnung der Mitberechtigung bildet den Ausgangspunkt beim Miteigenthum (I § 169a). — Darf der Gläubiger auch gleichzeitig jeden der mehreren Schuldner auf das Ganze belangen? Seuff. Arch. VI. 257, XII. 12, XIX. 22, XX. 20. 129, XXV. 212. Variationsrecht? Vgl. Holzschuher III § 220 Nr. 4.

[3] § 1 I. h. t., l. 3 § 1 D. h. t. u. a. m.

[4] L. 3 § 1 l. 11 pr. D. h. t., l. 51 § 1 D. de fidei. 46. 1, l. 8 § 1 D. de leg. I° 30. — Kann der von einem Schuldner theilweise befriedigte Gläubiger im Concurse des andern seine ganze Forderung anmelden? Seuff. Arch. XXIV. 224. Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. XIV S. 424 fg. [Ders. Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 381 fg.]

[5] S. g. beneficium excussionis oder ordinis.

[6] S. g. beneficium divisionis. — Das Nähere über diese beiden beneficia wird, um den Zusammenhang nicht zu sehr zu unterbrechen, unten in der Lehre von der Bürgschaft, wo sie ihre Hauptanwendung finden, vorgetragen werden. — Das HGB. Art. 281 schließt bei Handelsgeschäften die Einrede der Theilung und der Vorausklage ganz aus.

[7] Nov. 4 c. 1.

[8] Nov. 99 c. 1. Ist die in Note 10 vertretene Auslegung dieser Stelle richtig, so ist der im Texte bezeichnete Satz eine nothwendige Consequenz. Nach der Nov. 99 c. 1 kann übrigens der belangte Schuldner nicht sowohl vorherige Ausklagung des Mitschuldners fordern, als vielmehr nur gleichzeitige Belangung desselben, worauf dann der Richter beide Processe verbinden, und im Endurtheil, wenn der Mitschuldner sich als insolvent ausweist, sofort den zuerst belangten Schuldner verurtheilen muß. Daher paßt der Ausdruck: Rechtswohlthat der Vorausklage für diesen Fall streng genommen nicht; er wird jedoch der Kürze wegen beibehalten.

sind[9]; b) dem vertragsmäßigen Correalschuldner, welchen die Schuld materiell nur zu seinem Theil angeht[10].

Die Einheit der Correalobligation ist kein Hinderniß, daß deren mehrfache subjective Beziehung für die verschiedenen Subjecte verschieden gestaltet sei. So kann namentlich der eine Gläubiger oder Schuldner schlechthin, der andere unter einer Bedingung oder einer Befristung berechtigt oder verpflichtet sein, oder jeder unter einer anderen Bedingung oder Befristung[11]. Es können auch die mehreren

[9] § 4 I. de fidei. 3. 20, l. 26—28 l. 51 § 4 D. eod. 46. 1, l. 7 D. de fidei. tut. 27. 7, l. 3 C. de pec. const. 4. 18. Ausnahme: l. 12 D. rem pupilli 46. 6.

[10] Nov. 99 c. 1. Freilich ist die Auslegung dieser Stelle sehr bestritten. Die hauptsächlichsten abweichenden Meinungen sind folgende. 1) Die Vorschrift der Novelle beziehe sich auf alle Correalschuldner, oder wohl gar auf alle Solidarschuldner, mit Ausnahme nur derjenigen, welche es aus Delict geworden sind. 2) Sie beziehe sich nur auf Correalschuldner, welche sich gegenseitig für einander verbürgt haben. 3) Sie beziehe sich auf Theilschuldner, welche sich für einander verbürgt haben. — Die hier gebilligte Auslegung ist die von Vangerow aufgestellte. Auf dieselbe scheint mir sowohl der Wortlaut der Stelle hinzuweisen (sie spricht von Solchen, welche einerseits „ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι" geworden sind, andererseits besonders erklärt haben, daß Jeder für das Ganze haften solle), als die Natur der Sache; nach dieser Auslegung hat Justinian den sehr nahe liegenden Schritt gethan, daß er bei der passiven Correalobligation das derselben zu Grunde liegende materielle Rechtsverhältniß auch dem Gläubiger gegenüber zur Anerkennung gebracht hat. — Die herrschende Ansicht ist die unter 1) bezeichnete, und für dieselbe hat sich auch eine feste Praxis ausgesprochen (vgl. Seuff. Arch. VIII. 134, XII. 336, XIII. 95. 134, XXIII. 28, XXV. 25 Nr. III; Holzschuher III § 220 Nr. 3). Entscheidend scheint mir die Praxis in einer doch vorzugsweise doctrinellen Frage nicht sein zu können. Auch ist sie bereits in dem Urtheil bei Seuff. Arch. XII. 13 verlassen, vgl. auch II. 173, XXV. 223 und Burchardi Arch. f. civ. Pr. XIX S. 50. Literatur und Uebersicht der verschiedenen Ansichten bei Vangerow § 573 Anm. 4; hinzuzufügen (zur 6. Aufl.): v. Helmolt § 18 (für die dritte Meinung), Wieding Novella Justiniani 99, Berolini 1857 (für die gemeine Meinung, vgl. krit. VJSchr. I S. 285—290), Brinz 2. Aufl. II S. 177 (ebenso), Ryk S. 79 (für die dritte Meinung). — Die Nov. 99 c. 1 gibt sich als Ausdehnung der Nov. 4 c. 1. Daraus folgt, daß für sie im Einzelnen nicht die Grundsätze von dem benef. divisionis des Bürgen, sondern die Grundsätze der Nov. 4 c. 1 gelten. Daher hat namentlich der Schuldner hier die Befugniß, die Belangung des Mitschuldners zu fordern, auch ohne daß er den Beweis der Zahlungsfähigkeit desselben führen müßte (vgl. § 479 Note 3—5). Dieß ist nicht beachtet in den Erk. bei Seuff. Arch. IX. 140, XII. 336. (Umgekehrt geht zu weit das Erk. XIII. 95.) Von der andern Seite kann der Schuldner auch hier nicht sowohl vorherige, als vielmehr nur gleichzeitige Belangung des Mitschuldners verlangen (Note 8). — Aus dem älteren Rechte: l. 47 D. loc. 19. 2. — Das Reichsgericht hat in dem Erk. 30/1 85, Entscheid. S. 219 (Seuff. Arch. XL. 281), ausgesprochen, die Nov. 99 sei durch die Reichscivilproceßordnung beseitigt, [weil die Novelle Ladung der Mitschuldner von Amtswegen vorschreibe. Uebereinstimmend Dernburg II § 73 Ziff. 1, Wendt S. 510.]

[11] § 2 I. h. t., l. 7 D. h. t. Vgl. l. 9 § 2 D. eod. — Nicht aber darf

subjectiven Beziehungen der Correalobligation sich auf Eine Person vereinigen, so daß diese Person trotz der Einheit der Obligation mehrfach berechtigt oder verpflichtet ist[12].

§ 294.

Unterliegt der Gläubiger, welcher das Ganze eingefordert hat, dem Rückgriff seiner Mitgläubiger auf Herausgabe eines verhältnißmäßigen Theils des Eingeforderten, und hat umgekehrt der Schuldner welcher das Ganze geleistet hat einen Rückgriff gegen seine Mitschuldner auf Ersatz eines verhältnißmäßigen Theils des Geleisteten[1]? Auf diese Frage gibt die Correalobligation als solche keine Antwort[2]: es kommt auf das derselben zu Grunde liegende materielle Rechtsverhältniß an[3]. Kraft dieses Rechtsverhältnisses kann übrigens ein

---

auch der Leistungsinhalt der verschiedenen Subjecte ein verschiedener sein, l. 9 § 1 l. 15 D. h. t. — Cession der Forderung gegen den einen der Correalschuldner: Seuff. Arch. XXXVI. 25.

[12] L. 13 D. h. t., l. 5 D. de fidei. 46. 1, l. 93 l. 95 § 3 D. de sol. 46. 3.

[1] W. Sell Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III S. 370 fg. IV S. 17 fg. (1830. 1831). § 294.
v. Schröter das. VI S. 409—435 (1833). Habicht rechtliche Erörterungen I S. 1 fg. (1843). Schmid die Grundlehren der Cession I S. 369—374 (1863). Savigny § 23—25. Vangerow III § 573 Anm. 3, Windscheid krit. Ueberschau VI S. 229—232, Samhaber § 19, Ryk S. 80 fg., Waldner S. 122 fg. 184 fg. Weitere Literaturangaben bei Schröter, Vangerow und Samhaber.

[2] A. M. in Betreff der Correalschuld Sell und Savigny, auch Zaun Arch. f. prakt. RW. N. F. I S. 132 fg.; dieselben lassen einen Ersatzanspruch für den leistenden Correalschuldner ohne Weiteres eintreten. Für diese Ansicht spricht nicht l. 1 [2] C. h. t. (Note 3), und ebensowenig l. 65 D. de evict. 21. 2 Vangerow S. 83 [7. Aufl. S. 75]. Gegen dieselbe spricht sehr entschieden l. 62 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, sowie daß anerkanntermaßen der zahlende Bürge einen Rückgriff gegen den Mitbürgen nicht hat; s. außerdem l. 34 pr. D. de rec. 4. 8, l. 10 § 10 D. de in rem verso 15. 3, l. 29 D. de lib. leg. 34. 3 — Stellen, auf welche erst Samhaber (a. a. O.) und Fitting (S. 40 Note 41, S. 103 Note 129) aufmerksam gemacht haben. S. auch Seuff. Arch. I. 331, XXII. 237. — Neuestens wieder für die hier verworfene Ansicht Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 344 fg. (vgl. darüber § 449 Note 1a) und Waldner a. a. O., der sogar auch bei der activen Correalobligation Regreßrecht annimmt. [Dernburg II § 73 a. E.: die Vermuthung spreche dafür, daß bei der Begründung der Correalobligation Regreß des Schuldners gewollt sei. Mitteis Grünhut's Zeitschr. XIV S. 469 fg.: Regreß bei gesetzlicher und testamentarischer, nicht bei vertragsmäßiger Correalität. Für den Regreß de lege ferenda Kohler Jahrb. f. Dogm. XXV S. 118 fg.]

[3] Abgesehen von den Fällen, wo der Begründung der Correalobligation ein Gesellschafts- oder ein Auftragsverhältniß zu Grunde liegt, ist ein Rückgriff überall begründet, wo das Aequivalent für die erworbene Mitforderung von allen Gläubigern beschafft, oder der Vortheil der eingegangenen Mitschuld allen Schuldnern zu Gute gekommen ist, nach den Grundsätzen der condictio sine causa (§ 422 Note 4) und der negotiorum gestio (§ 431 Note 12). Von dem letzteren

Rückgriffsrecht nicht bloß auf einen Theil, sondern auch auf das Ganze begründet sein[4]. — In den Fällen, wo für den leistenden Schuldner ein Rückgriffsrecht begründet ist, kann derselbe außerdem von dem Gläubiger, welchen er befriedigt, verlangen, daß dieser ihm seinen Anspruch gegen den Schuldner, gegen welchen dem Leistenden das Rückgriffsrecht zusteht, abtrete[5]. Diese Befugniß ist auch Mitbürgen eingeräumt worden, obgleich dieselben ein Rückgriffsrecht gegen einander nicht haben[6].

§ 295.

Nicht bloß durch die Leistung an einen Correalgläubiger und die Leistung eines Correalschuldners werden auch die übrigen Gläubiger beseitigt und auch die übrigen Schuldner befreit: es gibt noch eine Reihe von anderen Aufhebungsthatsachen, welche eine über die Person desjenigen Obligationssubjectes, in welchem sie eintreten, hinausgehende Wirkung haben. Dahin gehören vor Allem die Erfüllungssurrogate: Leistung an Erfüllungsstatt (§ 342 Ziff. 2), gerichtliche Hinterlegung (§ 347), durchgeführte Compensation[1], — während die Compensationseinrede selbst einem andern Gläubiger, als demjenigen, gegen welchen die Gegenforderung begründet ist, und von einem andern Schuldner, als demjenigen, welchem die Gegenforderung zusteht, nur insofern entgegengesetzt werden kann, als das Eingeforderte dem Mitgläubiger, welcher Schuldner in der Gegenforderung ist, herausgegeben, oder das Geleistete von dem Mitschuldner, welcher Gläubiger in der Gegenforderung ist, ersetzt werden muß[2], — endlich die Novation[3]. Ferner hat objective Wirkung der Erlaß[4], vorausgesetzt daß

Fall ist wahrscheinlich l. 1 [2] C. h. t. zu verstehen. Vgl. auch Seuff. Arch. VII. 158, XXIV. 110, XXV. 223.

[4] So namentlich bei der Bürgschaft.

[5] L. 13 C. de loc. 4. 65. Vgl. l. 47 D. loc. 19. 2. Seuff. Arch. XX. 21, XXV. 11. 223.

[6] L. 11 C. de fidei. 8. 40 [41], l. 39 D. eod. 46. 1. Vgl. § 481 Note 9. 10.

§ 295. [1] Beweisstellen für das in Betreff dieser Thatsachen Gesagte lassen sich nicht beibringen; aber deßwegen ist das Gesagte nicht weniger sicher. Unter durchgeführter Compensation wird eine durch Vertrag oder richterliches Urtheil vollzogene Compensation verstanden.

[2] L. 10 D. h. t. „Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet". Das Nähere s. § 350 Note 19. 20.

[3] L. 31 § 1 D. de nov. 46. 2 (über den Sinn des Schlusses dieser Stelle s. einerseits Hasse Güterrecht der Ehegatten nach röm. R. S. 305 fg., Bechmann röm. Dotalrecht I S. 115, Huschke Zeitschr. für Civ. und Pr. N. F. II S. 156 fg., andererseits v. Salpius Novation und Delegation S. 175), vgl. l. 8 § 11 l. 20 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 33 § 1 D. de stip. serv. 45. 3. L. 27

er in der That auf die ganze Obligation, und nicht bloß auf die subjective Beziehung desjenigen Obligationssubjectes, welches den Erlaß-

pr. D. de pact. 2. 14 handelt von argentarii socii, die keine eigentlichen Correalgläubiger sind. S. Savigny S. 174 fg. und unten § 297 Note 8. Ueber die verschiedenen Meinungen s. Vangerow Anm. 5 Nr. I. 2. G. Manna Saggi sulle obligazioni in solido in diritto romano. I. Studio sulla l. 27 pr. D. de pactis (2. 14). Roma 1885. [Darüber Schneider krit. VJSchr. XXVIII S. 15 fg.] — Einen Beweis für die Einheit der Correalobligation gewährt die objective Wirkung der Novation nicht, eben weil sie Erfüllungssurrogat ist. Jedenfalls das Resultat der Novation ist, daß der Gläubiger an Stelle des verlorenen Forderungsrechts ein anderes (für sich oder einen Dritten) hat, welches er durch Hingabe des verlorenen erworben, für das verlorene eingetauscht hat. Deßwegen wird man auch nicht umhin können, der Novation eine gleiche objective Wirkung auch da zuzuschreiben, wo anerkanntermaßen eine Mehrheit von Obligationen bei einmaliger Leistungspflicht besteht. Auch wird in l. 31 § 1 D. de nov. 46. 2 als Unterstützung für die objective Wirkung der Novation angeführt: „eo magis cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus". Vgl. § 353 Note 2, wo auch die Literatur angegeben ist. S. noch Note 5.

[4] Acceptilatio: l. 31 § 1 D. de nov. 46. 2, l. 13 § 12 l. 16 D. de accept. 46. 4. Hatte auch das pactum de non petendo in rem (über das pactum de non petendo in personam s. l. 22 l. 25 § 1 D. de pact. 2. 14, l. 3 § 3 D. de lib. leg. 34. 3, Seuff. Arch. XX. 36, XXIII. 115) Wirkung für die anderen Correalschuldner und gegen die anderen Correalgläubiger? Unzweifelhaft für die anderen Schuldner im Falle eines Regreßanspruches, l. 21 § 5 l. 24 l. 25 pr. l. 32 D. de pact. 2. 14, l. 9 § 1 D. h. t. (vgl. Seuffert Pand. § 291 Note 2a) Eine weitergehende Wirkung des pactum, also für die anderen Correalschuldner bei nicht begründetem Regreßanspruch, und für die anderen Correalgläubiger überhaupt, leugnet die gemeine Meinung (Seuff. Arch. XXIV. 109). Doch kommt in Betracht: a) daß l. 25 § 2 l. 26 D. de pact. 2. 14 aus dem pactum des Bürgen dem Hauptschuldner und dem Mitbürgen, wenn auch nicht exceptionem pacti, doch exceptionem doli geben (vgl. auch Unger Jahrb. f. Dogm. X S. 19 Note 22. S. 54 Note 69); b) daß, was Correalgläubiger angeht, l. 34 pr. D. de rec. 4. 8 wenigstens so viel sagt, daß bei vorhandenem Regreßanspruch das Fordern des einen Gläubigers auch das Fordern des andern sei, während l. 27 pr. i. f. D. de pact. 2. 14, welche die Wirksamkeit des pactum für den andern Gläubiger leugnet, nicht nothwendigerweise auf den Fall eines Regreßanspruches bezogen zu werden braucht. — Was das heutige Recht angeht, so haben wir in unserem Quittungsvertrag einen der römischen acceptilatio durchaus entsprechenden Erlaßvertrag (§ 357 Note 13. 14). Zwischen pactum de non petendo und directem Erlaßvertrag darf, wenn der Wille der Parteien unzweifelhaft darauf gerichtet ist, daß das Forderungsrecht in aller und jeder Beziehung unwirksam werden solle, heutzutage nicht mehr unterschieden werden (§ 357 Note 7). Der directe Erlaß aber, auch wenn er nicht in die Form der Quittung eingekleidet worden ist, hat Wirkung für die sämmtlichen Correalgläubiger und -Schuldner kraft der Einheit der Correalobligation. — Was den Beweis angeht, welcher aus den genannten Bestimmungen des römischen Rechts für die Einheit der Correalobligation hergeleitet werden kann, so glaube ich (jetzt, vgl. krit. VJSchr. III S. 170), daß die objective Wirkung der acceptilatio möglicherweise auch ohne die Annahme der Einheit der Correalobligation erklärt werden kann (vgl. § 357 Note 5), nicht aber auch die in l. 25 § 2 l. 26 D. de pact. 2. 14 bezeugte objective Wirkung des pactum de non petendo. — Vgl. zu dem Gesagten noch G. Ph. v. Bülow Abhandlungen über einzelne Ma-

vertrag abschließt, gerichtet ist[5]. Was von dem Erlasse überhaupt gilt, gilt auch von dessen besonderen Anwendungen im Vergleiche[5a], Schiedsrichter- und Schiedseidvertrag[6]. Auch das die Obligation[7] aberkennende Urtheil wirkt gegen alle Gläubiger und für alle Schuldner, wenngleich sie am Processe nicht Theil genommen haben[8]. —

---

terien des römischen Rechts II Nr. 19 und Guyet Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts Nr. 11; ferner Vangerow Anm. 5 Nr. II. 2 und die daselbst (6. Aufl.) Citirten, außerdem Rückert S. 36—39, Scheurl Beiträge II S. 27. 28, Fitting S. 44 fg. 93 fg., E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. § 291 Note 3. 4, Baron S. 293 fg. 308 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 174, Ryk S. 73 fg., Waldner S. 84 fg. 174 fg. [Dernburg II § 73 Ziff. 4, Mitteis Individualisirung S. 71 fg. Grünhut's Zeitschr. XIV S. 445 fg.]

[5] S. die vorige Note. — Ist die gleiche Beschränkung auch in Betreff der Novation hinzuzufügen, so daß die Möglichkeit einer Novation anzuerkennen wäre, durch welche nicht an die Stelle der vorhandenen Obligation eine andere, sondern an die Stelle einer subjectiven Beziehung der vorhandenen und fortdauernden Obligation eine andere subjective Beziehung gesetzt wird? Dagegen die herrschende Meinung, welche zuletzt vertheidigt worden ist von Fritz XIX S. 72—73, Salkowski Novation S. 351 fg.; dafür Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. II S. 153 fg., Arndts § 268 Anm. 11, Rückert S. 15. 41 fg., Helmolt S. 142, Baron S. 391 fg., welche Schriftsteller (mit Ausnahme von Arndts) sogar so weit gehen, die beschränkte Wirkung der Novation als die Regel zu setzen (auf Grund von l. 31 § 1 D. de nov. 46. 2 „cum id specialiter agit", welche Worte von der andern Seite, und gewiß richtiger [vgl. l. 29 eod.], für eine Interpolation gehalten werden).

[5a] Savigny S. 179, Brinz S. 40 fg. (Pand. II S. 166 Note 27), Risch Vergleich S. 195 fg. Vgl. § 413 Note 12.

[6] In Betreff des Eides s. l. 28 pr. § 1. 3 l. 42 § 1. 2 D. de iurei. 12. 2, l. 1 § 3 D. quar. rer. actio 44. 5. L. 34 pr. D. de rec. 4. 8 spricht nur von dem Verfall der Strafe, nicht von der aus dem Schiedsvertrag erwachsenden Einrede (a. M. Brinz 2. Aufl. II S. 175 Note 63). Natürlich muß auch hier der Vertragswille (und die Entscheidung, welcher er sich unterordnet) auf die Obligation selbst, nicht bloß auf die persönliche Beziehung des einen Obligationssubjectes gerichtet sein. L. 28 § 1 cit.: — „si modo ideo interpositum est iusiurandum, ut de ipso contractu et de re, non de persona iurantis ageretur". S. noch l. 1 § 3 cit. Vgl. übrigens § 415 Note 5, § 418 Note 1. d. — Jedenfalls beim Schiedseidvertrag reichte schon nach römischem Recht nudum pactum hin. Die Beweiskraft für die Einheit der Correalobligation, welche darin liegt, glaubt Fitting § 12 durch Hinweisung auf l. 28 § 2 D. de iurei. 12. 2 beseitigen zu können, indem er in dieser Stelle den Satz ausgesprochen findet, daß der Schiedseid gleiche objective Wirkung auch bei der bloß solidarischen Obligation habe. Aber es kommt hier die Bürgschaftsnatur des in der Stelle bezeichneten Versprechens l. 2 § 5 D. qui satisdare 2. 8) in Betracht. Vgl. auch Baron S. 378. (Der von Lenel, Zeitschr. f. RGesch. XV S. 43 fg. und Edictum perpetuum S. 53 fg., vermuthete historische Zusammenhang ist für die vorliegende Frage gleichgültig.)

[7] Die Obligation, nicht bloß eine persönliche Beziehung derselben.

[8] L. 42 § 3 D. de iurei. 12. 2. (Daß diese Stelle die Wirkung der litis contestatio ignorirt, erklärt sich aus l. 28 C. de fidei. 8. 40 [41]: — „invenimus etenim et in fideiussorum cautionibus plerumque ex *pacto* huiusmodi

Dagegen wird durch Confusion nur eine Person aus der Obligation herausgenommen, während die Obligation selbst, also für die andern Gläubiger bez. Schuldner, fortbesteht[9]. Ebenso hebt die Anspruchsverjährung die Obligation nur für die betreffende Person auf[10], obgleich die Unterbrechung der Verjährung, welche von einem Gläubiger

causae esse prospectum".) Die objective Wirkung des Urtheils leugnen Kuntze S. 210 fg., Fitting S. 70. 71, E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. § 296 Note 2, [Mitteis Individualisirung S. 90 fg. Grünhut's Zeitschr. XIV S. 456 fg., Dernburg II § 73 Ziff. 4. e.]. Für dieselbe neuerdings Hartmann Arch. f. civ. Pr. L. S. 133 fg. [Zeitschr. f. Schweiz. R. N. F. VI S. 124 fg.]. Vgl. noch I § 132 Note 4—6. Dem Urtheil steht gleich die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Dieselbe wirkt objectiv, wenn sie die Obligation selbst, bloß subjectiv, wenn sie nur eine subjective Beziehung der Obligation aufheben will. Von letzterem Falle handeln l. 3 § 4 l. 48 pr. D. de min. 4. 4. Vgl. Savigny S. 195, Baron S. 333.

[9] L. 71 pr. D. de fidei. 46. 1: — „et puto . . . confusione obligationis eximi personam". Der Grund, warum die Confusion die Obligation aufhebt, ist, weil Niemand sein eigener Gläubiger oder Schuldner sein kann; dieser Grund fällt weg, wenn neben dem Gläubiger, welcher mit dem Schuldner zusammengefallen ist, noch ein zweiter Gläubiger, neben dem Schuldner, welcher mit dem Gläubiger zusammengefallen ist, noch ein zweiter Schuldner vorhanden ist. [Vgl. Kretschmar Secum pensare S. 49 fg.] Fitting sieht in der bloß subjectiven Wirkung der Confusion einen entscheidenden Beweis gegen die Einheit der Correalobligation, S. 103 fg.; dagegen Samhaber S. 118, Windscheid krit. VJSchr. III S. 176, [Kretschmar a. a. O.]. — Die l. 71 pr. cit. spricht nur von der passiven Correalobligation, aber die herrschende Meinung läßt mit Recht ihre Entscheidung auch für die active gelten. A. M. Arndts Rechtslex. IV S. 18 Note 140 und Pand. § 273 Anm. 2, Fitting S. 202—203; dagegen Fritz XIX S. 76—80, Baron S. 356—357. Man bemerke über diese Frage Folgendes. a) Durch die Confusion verliert der Gläubiger sein Forderungsrecht nicht ohne Aequivalent — er braucht eine Schuld nicht zu erfüllen, die ihm sonst zur Last fallen würde; weßwegen auch die Quellen die confusio mit der solutio zusammenstellen (§ 352 Note 4). Daher war die Frage wohl erlaubt, ob nicht die Confusion auch bei der Correalobligation „potestate solutionis" (l. 50 D. de fidei. 46. 1) wirke, und in der That wird diese Frage in l. 71 pr. cit. aufgeworfen („iusta dubitatio est"), aber ausdrücklich verneint. Wäre sie bejaht worden, so hätte dieß zur Anerkennung der objectiven Wirkung der Confusion nicht bloß bei der activen, sondern auch bei der passiven Correalobligation geführt. Kann dem Mitgläubiger entgegengesetzt werden, daß er fordere, was der Schuldner (ehemaliger Mitgläubiger) bereits mit dem Verluste seiner Forderung bezahlt habe, so kann dem Mitschuldner (jetzigem Gläubiger) entgegengesetzt werden, daß er fordere, wofür er bereits durch Befreiung seiner Schuld bezahlt sei. b) Eine Selbstwahl des Mitgläubigers, welcher den Schuldner beerbt hat oder von ihm beerbt worden ist (Fitting), ist nicht möglich: aus dem einfachen Grunde nicht, weil der Correalgläubiger die Wahl nur zwischen den mehreren Schuldnern hat, er aber sein eigener Schuldner nicht ist, weil er es nicht sein kann.

[10] Weil nur für die betreffende Person eine Unthätigkeit vorliegt, in welcher die Anspruchsverjährung ihren Grund hat. A. M. Puchta § 235 zu k, Kuntze S. 193, Fitting S. XIV, Arndts § 277 Anm. 2.

oder gegen einen Schuldner bewirkt worden ist, auch den anderen Gläubigern und gegen die anderen Schuldner hilft[11]. Endlich bewirkt die in der Person eines Correalgläubigers oder Correalschuldners ohne die Schuld des Schuldners eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung nicht, daß auch der Mitgläubiger sein Forderungsrecht verliere und der Mitschuldner frei werde[12], so wie umgekehrt die Verschuldung eines Mitschuldners nicht bewirkt, daß die Obligation für den Mitschuldner, welcher an der Unmöglichkeit nicht Schuld ist, fortdauere[13]. Das Letztere ist anders nur dann, wenn die Verpflichtung,

---

[11] L. 4 [5] C. h. t. Eine singuläre Vorschrift Justinians, welche übrigens als Grund die Einheit der Correalobligation bezeichnet. Ist nicht wenigstens auf Grund dieser Vorschrift der Vollendung der Anspruchsverjährung Wirkung für alle Obligationssubjecte zuzuschreiben? So Kuntze S. 193, Fitting S. XIV. Aber, wie nahe auch die Ergänzung des Gedankens liegt, Justinian hat sie nicht ausgesprochen. Man darf auch nicht sagen, daß nach Justinians Vorschrift die Anspruchsverjährung sich immer nothwendig für alle Obligationssubjecte zugleich vollende; man denke z. B. an den Fall, wo für einen der Gläubiger oder der Schuldner eine aufschiebende Bedingung oder Befristung gilt. Savigny S. 194, Fritz XIX S. 90.

[12] Eine auf die Person eines Correalgläubigers beschränkte Unmöglichkeit der Erfüllung liegt vor, wenn derselbe den zu leistenden Gegenstand anderweitig erlangt, worüber das Nähere § 343a. Eine unverschuldete Unmöglichkeit bloß für die Person eines Correalschuldners liegt vor, wenn die Unmöglichkeit durch die Schuld des Mitschuldners eingetreten ist.

[13] Dafür beweist: a) daß der Hauptschuldner nicht für die Schuld des Bürgen haftet, l. 19 D. de dolo 4. 3, l. 32 § 5 D. de usur. 22. 1, l. 88 D. de V. O. 45. 1, l. 38 § 4 D. de solut. 46. 3, und ebenso b) der correus nicht für den Verzug des correus, l. 32 § 4 D. de usur. 22. 1. Nichtsdestoweniger stellt die herrschende Ansicht den entgegengesetzten Satz auf, mit Berufung auf die Einheit der Correalobligation, und auf l. 18 D. h. t. „Ex duobus reis eiusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet“. Aber es scheint mir ein Irrthum zu sein, daß dieser Satz durch die Einheit der Correalobligation gefordert oder auch nur erklärt werde: warum sollte nicht auch hier, wie sonst, die Obligation für die eine subjective Beziehung absterben können, während sie für die andere fortdauert? Und was l. 18 cit. angeht, so hat Fritz XIX S. 83 (s. auch Baron S. 288 fg.) nachgewiesen, daß es jedenfalls nicht unmöglich ist, diese Stelle in anderer Weise zu verstehen. Andere haben durch Emendation zu helfen gesucht („non“ oder „nequaquam“ statt „quoque“; „stipulandi“ oder „credendi“ statt „promittendi“, Kuntze S. 155 Note 9; „sociis“ statt „factis“, Bekker Jahrb. d. gem. R. III S. 123 fg. — dagegen Fritz XIX S. 85), oder durch Annahme einer Interpolation mit Rücksicht auf l. 4 [5] C. h. t. (Fitting S. 81 Note 96 und S. 241 Note 260, Waldner S. 46.) S. auch Girtanner Bürgschaft S. 409 und Stipulation S. 265 Note 217, Unger S. 247 fg. (die Stelle setze Mitschuld des correus voraus). Vgl. noch Rückert S. 19—31, Wirth Arch. für civ. Pr. XXXIX S. 123 fg., Samhaber S. 102 fg., Kniep Mora I S. 318 fg., Czyhlarz S. 77 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 176, Hölder S. 29, Ryk S. 47, [Mitteis Individualisirung S. 94 fg. Grünhut's Zeitschr. XIV S. 465 fg., Dernburg II § 73 Ziff. 2].

in welcher der unschuldige Mitschuldner steht, nichts ist, als die Erstreckung der Verpflichtung des schuldigen[14].

§ 296.

Kann eine Correalobligation sich auf eines der Obligationssubjecte auch in anderer Weise concentriren, als dadurch, daß eine eintretende Aufhebungsthatsache dieses eine Subject unberührt läßt? Anerkannt ist dieß nur für die active Correalobligation. Hier schließt jeder Gläubiger die anderen Gläubiger aus: a) durch die Erhebung der Klage[1]; b) dadurch, daß er sich von dem Schuldner ein Erfüllungsversprechen geben läßt[2].

[14] So haftet der Bürge für die Verschuldung des Hauptschuldners, der Vater bei der actio quod iussu und den entsprechenden Klagen für die Verschuldung des Sohnes. L. 91 § 4. 5 D. de V. O. 45. 1.

[1] Welche nach CPO. § 239 an die Stelle der römischen litis contestatio getreten ist. — Im klassischen römischen Recht hob die litis contestatio die Obligation im Uebrigen auf, und ließ sie nur für diesen Proceß fortdauern (I § 124 Note 1). Damit war von selbst gegeben, daß sie jeden andern Correalgläubiger ausschloß, ebenso aber auch jeden andern Correalschuldner befreite. Die consumirende Kraft der litis contestatio ist nun zwar im Justinianischen Rechte abgestorben (I § 124 Note 1 a. E.); aber nichtsdestoweniger läßt sich nicht füglich bezweifeln, daß auch nach Justinianischem Recht jeder Correalgläubiger sein Forderungsrecht dadurch verliert, daß der Mitgläubiger den Proceß gegen den Schuldner erhebt und bis zum Streitbeginn durchführt. Nur wirkt jetzt die litis contestatio nicht mehr kraft ihrer processualen Natur, sondern als Ausübung des dem Correalgläubiger zustehenden Wahlrechts, oder, was nur eine andere Wendung desselben Gedankens ist, als Prävention (Occupation) — Gesichtspunkte, von welchen jedenfalls der erste in unsern Quellen neben dem Gesichtspunkt der Consumtion mit Entschiedenheit hervorgehoben wird (vgl. Fitting § 31, Fritz XIX S. 98—99). Beweis für das Gesagte ist: a) daß Justinian den Satz, daß ein Correalschuldner durch den mit dem Mitschuldner begonnenen Proceß befreit werde, noch besonders aufgehoben hat (l. 28 C. de fidei. 8. 40 [41]), während er von dem entsprechenden Satze für die Correalgläubiger kein Wort sagt; b) daß die Compilatoren eine Reihe von Stellen, in welchen dieses letzteren Satzes gedacht wird, aufgenommen haben (l. 2. 16 D. h. t., l. 5 D. de fidei. 46. 1, l. 31 § 1 D. de nov. 46. 2), während sie die Stellen, welche von dem ersteren handelten, entweder ausgelassen oder unschädlich gemacht haben (z. B. l. 2 D. h. t., l. 8 § 1 D. de leg. I° 30). Nichtsdestoweniger schreibt die herrschende Meinung dem Streitbeginn Einfluß ebenso wenig auf die active Correalobligation zu, wie auf die passive (vgl. Vangerow S. 102). Die hier vertretene Ansicht ist namentlich von Fitting vertheidigt worden, welcher nur darin zu weit geht, daß er die litis contestatio auch für das klassische römische Recht lediglich nach dem Gesichtspunkte der Wahl wirken läßt. Diese Einseitigkeit hat vermieden Fritz XIX § 22—25. Vgl. noch Samhaber S. 95 fg. 131 fg., Windscheid krit. VJSchr. III S. 172—174, Arndts § 271 Anm. 4, E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. § 295 Note 6a, Baron S. 363 fg. (welcher die litis contestatio gegen die übrigen Gläubiger deßwegen wirken läßt, weil er ihr noch für das Justinianische Recht consumirende Kraft zuschreibt), Vangerow 7. Aufl. III S. 92, Ryk S. 69, Unger S. 256 fg., Hölder S. 17 fg., Waldner S. 103 fg. 129 fg. § 296.

b. Entstehung.

§ 297.

Eine Correalobligation kann, wie jede andere Obligation begründet werden durch Rechtsgeschäft, richterliche Verfügung, gesetzliche Vorschrift. Alle diese Fälle aber haben das Gemeinsame, daß die Wirkung einer und derselben Thatsache ungetheilt auf eine Mehrheit von Personen bezogen wird[1].

1. Vertrag. a. Es wird ein Vertrag zwischen Mehreren abgeschlossen — ein und derselbe Vertrag zwischen Allen, nicht für jeden Contrahenten ein besonderer[1a]. Dabei wird aber die ausdrückliche

[2] L. 10 D. de pec. const. 13. 5. Diejenigen, welche den Gesichtspunkt der Wahl oder Prävention nicht anerkennen, haben dieser Stelle gegenüber einen harten Stand. Vgl. Fritz XIX § 27 und die daselbst gemachten Literaturangaben, Bruns Zeitschr. f. RGesch. I S. 81—83, Baron S. 302 fg. (welcher gegen die Gesichtspunkte der Wahl und Prävention polemisirt, und dafür lehrt, daß der Correalgläubiger kraft seines Gläubigerrechts — die Befugniß habe, den Schuldner zu verpflichten, nur ihm zu zahlen), Huschke Arch. f. civ. Pr. LXV S. 247 fg., Ryk S. 68, Waldner S. 172. Serafini Archivio giuridico t. XVII p. 401 s. XVIII p. 13 s. erklärt jetzt: sowie die Kraft des Constitutum, durch welches ein Schuldner seinem Gläubiger verspricht, ihm oder einem Dritten zu leisten, gebrochen wird durch ein zweites Constitutum, durch welches der Schuldner dem Gläubiger verspricht, ihm zu leisten (l. 8 eod.), so wird die Kraft des Constitutum, durch welches ein Schuldner dem einen seiner Correalgläubiger verspricht, ihm zu leisten, dadurch gebrochen, daß der Schuldner dem anderen Correalgläubiger leistet (l. 10 cit.). Die Schlußworte der l. 10 „quia loco eius, cui iam solutum est, haberi debet is cui constituitur" sollen bedeuten; „weil der Gläubiger, dem im zweiten Falle geleistet worden ist, gleichsteht dem Gläubiger, dem im ersten Fall constituirt worden ist." Ich halte diese Erklärung für künstlich und gezwungen, und glaube nicht, daß sie sich Freunde erwerben wird. Gegen dieselbe auch Huschke a. a. O. S. 244 fg. Sutro Nieuwe Bydragen voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving, nieuwe Reeks, tweede Deel, 1876, p. 3 will die Stelle verstanden wissen von Correalgläubigern in einer obligatio naturalis. [Kuntze die Obligationen im röm. u. heut. R. S. 160: constitutum in Novationsabsicht.]

§ 297. [1] Vgl. Windscheid krit. Ueberschau VI S. 226—228, Bruns in v. Holtzendorff's Encycl. S. 318 (383. 408. 463).

[1a] Die Einheit des Vertrages tritt besonders deutlich in der Stipulationsformel hervor, welche die Quellen für die Begründung einer Correalobligation angeben. Pr. I. h. t. „Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat 'spondeo'; ut puta cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat 'utrique vestrum dare spondeo'. Nam si prius Titio spoponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt: 'Maevi quinque aureos dare spondes? Sei eosdem quinque aureos dare spondes?' si respondeant singuli separatim 'spondeo'." Vgl. l. 3 pr. l. 4 l. 6 § 3 l. 12 pr. D. h. t., l. 28 § 2 D. de stip. serv. 45. 3. Unger S. 279: es liegen mehrere Versprechen vor, dieselben werden aber als Ein Versprechen zu-

oder stillschweigende Erklärung abgegeben, daß die durch den Vertrag begründete Obligation für alle Contrahenten ungetheilt bestehen solle[2]. Oder b) es wird ein Vertrag dahin abgeschlossen, daß in eine durch eine andere Thatsache begründete Obligation ein neuer Gläubiger oder Schuldner hineintreten solle[3].

---

sammengefaßt. Gewiß; aber nicht anders, als wie die Handlung des Gläubigers und die Handlung des Schuldners als Ein Vertrag zusammengefaßt werden. — Ueber die Frage, ob nach römischem Recht eine Correalobligation auch durch eine andere Vertragsform, als die Stipulation (und den Literalcontract? l. 9 pr. D. de pact. 2. 14, l. 34 pr. D. de rec. 4. 8, Savigny S. 148—150, v. Salpius Novation und Deleg. S. 97—98), habe begründet werden können, s. l. 9 pr. D. h. t., l. 13 § 9 l. 47 D. loc. 19. 2, l. 16 pr. D. de pec. const. 13. 5, l. 5. 9. 12 C. si certum 4. 2, und Ribbentrop § 19. 20, Savigny S. 153—157, Brinz 1. Aufl. S. 10, Kuntze S. 169—172, Fritz XXII S. 461 fg. (über l. 9 pr. h. t. S. 475 fg.).

[2] L. 11 § 1. 2 D. h. t. „Cum tabulis esset comprehensum, 'illum et illum centum aureos stipulatos' neque adiectum, 'ita ut duo rei stipulandi essent' virilem partem singuli stipulati videbantur. Et e contrario cum ita cautum inveniretur: 'tot aureos recte dari stipulatus est Iulius Carpus, spopondimus ego Antoninus Achilleus et Cornelius Dius', partes viriles deberi, quia non fuerat adiectum, singulos in solidum spopondisse, ita ut duo rei promittendi fierent". L. 5. 9. 12 C. si cert. 4. 2. Deutsche Formeln: Einer für Alle, Alle für einen; sammt und sonders; zur ungetheilten Hand. Vgl. Samhaber S. 164, Stobbe deutsch. Privatr. III S. 170, Seuff. Arch. XXIV. 108 (Mitunterschrift eines im Singular ausgestellten Wechsels). (Deutsches Recht: die Parteien legen bei Abschluß des Vertrages ihre Hände in einander und erscheinen so als Eine Person. „Gesammte Hand". Vgl. Stobbe a. a. O. S. 166). [Seuff. Arch. XLI. 270, XLIII. 100.] — Die oft aufgestellte Behauptung, daß die solidarische Verhaftung der mehreren contrahirenden Schuldner immer ausdrücklich ausgemacht werden müsse, beruht auf einer irrigen Auslegung der Nov. 99 c. 1. Vgl. Vangerow S. 90 (7. Aufl. S. 81). [Entsch. d. RG. XV S. 175 (= Seuff. Arch. XLII. 23).] — HGB. Art. 280. „Wenn zwei oder mehrere Personen einem Andern gegenüber in einem Geschäft, welches auf ihrer Seite ein Handelsgeschäft ist, gemeinschaftlich eine Verpflichtung eingegangen sind, so sind sie als Solidarschuldner zu betrachten, sofern sich nicht aus der Uebereinkunft mit dem Gläubiger das Gegentheil ergibt".

[3] Daß auch in dieser Weise eine Correalobligation begründet werden könne, ist nicht allgemein anerkannt; es wird von Manchen behauptet, daß die durch nachfolgenden Vertrag begründete Obligation immer wenigstens formal eine neue sei. Vgl. Fritz XVIII S. 363 fg. und die daselbst Citirten, jetzt auch Baron S. 254 fg. (welcher zwischen activer und passiver Correalobligation unterscheiden will). Für die hier vertheidigte Ansicht beruft man sich gewöhnlich vorzugsweise auf l. 3 pr. D. h. t.; es ist zuzugeben, daß diese Stelle nicht entscheidend ist. Ebensowenig sind entscheidend die anderen Stellen, welche man anzuführen pflegt, l. 9 § 2 D. h. t., l. 7 § 1 D. de auct. 26. 8, l. 8 § 5 D. de nov. 46. 2. Aber es ist anerkannt, daß durch nachfolgende Stipulation ein fideiussor beigezogen werden kann, und wenn auch die Quellen den fideiussor nicht als correus bezeichnen, vielmehr den fideiussor und reus überall den plures rei entgegensetzen, so zeigt doch die Obligation des fideiussor in ihrem Verhältniß zur Hauptobligation alle charakteristischen Eigenschaften der Correalobligation, und in l. 1

2. Letztwillige Verfügung. Auch hier ist erforderlich die Erklärung des Willens, daß jeder der Bedachten oder Beschwerten ungetheilt Gläubiger oder Schuldner sein solle[4].

3. Das Gleiche gilt auch für die richterliche Verfügung[5].

4. Gesetzliche Bestimmung. Unmittelbar durch gesetzliche Bestimmung tritt eine Correalobligation ein in Folge der Erstreckung der Verbindlichkeit der Gewaltunterworfenen auf den Gewalthaber und in den analogen Fällen[6]. Ferner stehen in einer gesetzlichen Correalverbindlichkeit die mehreren Eigenthümer eines Schaden anrichtenden Thieres[7].[8]

---

§ 8 D. de O. et A. 44. 7 wird vom fideiussor ausdrücklich gesagt, daß er „eadem obligatione" verhaftet sei. Vgl. Samhaber S. 169 fg., Unger S. 280 Note 176; für die entgegengesetzte Ansicht Baron S. 262 fg., Arndts § 350 Anm. 4. Sodann: wenn die Parteien ausdrücklich erklären würden, daß auf den neu Eintretenden nur die vorhandene Obligation solle erstreckt werden: warum sollte ihrem Willen nicht Statt gegeben werden? Vgl. Unger S. 280 fg. — Hierher gehört auch das Rechtsverhältniß, welches bei der Cession vor der Anzeige an den Schuldner stattfindet, obgleich bei demselben für die Möglichkeit der Concentration auf die Person Eines Gläubigers abweichende Grundsätze gelten. S. § 331.

[4] Diese Willenserklärung liegt unter Anderm darin, daß der Erblasser Mehrere alternativ belastet: ille *aut* ille centum dato. L. 25 pr. D. de leg. III° 32, l. 8 § 1 D. de leg. I° 30 (wo die Worte „et solutum" interpolirt sind), l. 9 pr. i. f. D. h. t. (wo statt „*et* Maevius" ohne Zweifel zu lesen ist „*aut* Maevius"). Wäre man einer solchen Verfügung gegenüber bei der Regel stehen geblieben, daß bei alternativer Belastung, wo nicht das Gegentheil gesagt ist, der Belastete die Wahl hat, so hätte der Vermächtnißnehmer von Keinem fordern können; so ließ man hier, beim Vermächtnisse, eine freiere Interpretation eintreten. — Aus dem Vermächtniß zu Gunsten des Einen oder des Andern entsteht seit Justinian's Verfügung in l. 4 C. de V. S. 6. 38 eine Theilforderung. Vgl. l. 16 D. de leg. II° 31, l. 17 § 1 l. 24 l. 67 § 7 l. 77 § 4 eod., l. 21 § 1 D. de statul. 40. 7. Fitting S. 151 Note 179, Bernstein Zeitschr. der Savignystift. IV S. 177 fg. S. noch Fitting § 29, Fritz XVIII § 5. XXII § 3, Baron S. 256 fg. Vgl. III § 625 Note 10. 11.

[5] L. 43 D. de re iud. 42. 1, l. 1. 2 C. si plures 7. 55. Uebrigens begründet das richterliche Urtheil (abgesehen von der Kostenverurtheilung) eigentlich eine Correalobligation nur dann, wenn das Urtheil irrig ist, weil es sonst nur ausspricht, was vorhanden ist. Vgl. Samhaber S. 166 fg., wo auch die Literatur sorgfältig verzeichnet ist (nachzutragen jedoch Helmolt § 10 Note 2 und Baron S. 260 fg.).

[6] Bei den s. g. actiones adiecticiae qualitatis. Vgl. Samhaber S. 176 fg. und die daselbst Citirten, außerdem Baron a. a. O. S. 262 fg. und Abhandlungen II S. 142 fg., Mandry Familiengüterr. S. 288 fg., Seuff. Arch. XIV. 93.

[7] Und nach römischem Recht die mehreren Eigenthümer eines delinquirenden Sclaven. Der Grund der Correalität ist die Einheit des Delicts in Verbindung mit der Einheit des für Alle vorhandenen Eigenthums (I § 169a Note 5). L 1 § 14 D. si quadrupes 9. 1, l. 8 D. de nox. act. 9. 4, l. 7 l. 8 l. 20 pr. D. de interr. 11. 1. Vgl. noch. l. 11 § 9 l. 27 § 8 D. de pec. 15. 1. Ribbentrop § 26, Brinz S. 14—18, Vangerow § 573 Anm. 2 Nr. 4, Baron

2. Die bloße Solidarität.

§ 298.

Auch hier kann jeder Gläubiger[1] das Ganze fordern und jeder Schuldner ist das Ganze schuldig, auch hier werden durch einmalige Leistung alle Gläubiger beseitigt und alle Schuldner frei[2]; aber für jeden Gläubiger und jeden Schuldner findet ein besonderes Forderungsrecht statt[2a]. Die Folge davon ist, daß eine Aufhebungsthatsache, welche in der Person eines Gläubigers oder Schuldners eintritt, sofern sie nicht Erfüllung ist oder der Erfüllung gleichsteht, für die übrigen Gläubiger und Schuldner gleichgültig ist[3]. Hiernach[3a] haben

---

S. 272—274, Steinlechner das Wesen der iuris communio II S. 92 fg., Rümelin die Theilung der Rechte S. 44. 67, Unger 289.

[8] Das römische Recht kennt noch einen andern Fall einer auf gesetzlicher Bestimmung beruhenden Correalität, wenn nämlich zwei argentarii zusammen ihr Gewerbe betrieben; jedoch war diese Correalität, wenigstens was ihre active Seite angeht, keine sehr ausgebildete. Vgl. Auct. ad Her. II. 13, l. 27 pr. D. de pact. 2. 14. Savigny S. 150—153; Rösler Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 269—275. — S. ferner l. 44 § 1 D. de aed. ed. 21. 1. Gehört hierher auch l. 31 § 10 eod.? Vgl. Ribbentrop S. 158 fg. — Vgl. HGB. Art. 112: „Die Gesellschafter haften für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen. Eine entgegenstehende Verabredung hat gegen Dritte keine rechtliche Wirkung". Art. 269 das. WO. Art. 81. Reichsgesetz vom 4. Juli 1868 über die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften § 12 Abs. 1. Vgl. Samhaber S. 183 fg., Mages S. 106 fg., Römer Abhandlungen I S. 155 fg., Mandry S. 393 fg. [3. Aufl. S. 347 fg.]

[1] Gewöhnlich lehrt man, daß das bloß solidarische Rechtsverhältniß auf der § 298.
Gläubigerseite nicht vorkommen könne. Das ist gewiß zu weit gegangen, obgleich es ebenso wahr ist, daß die Hauptanwendung dieses Rechtsverhältnisses auf der Schuldnerseite liegt. Einen sicheren Fall bloß solidarischer Berechtigung einer Mehrheit von Gläubigern enthält l. 14 pr. D. de nox. act. 9. 4 — „ei itaque dedetur, non qui prior egit, sed qui prior ad sententiam pervenit". Vgl. auch Puchta § 233. l. Jhering Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 129 fg. erkennt den bezeichneten Fall als Fall der activen Solidarität nicht an, stellt aber seinerseits folgende Fälle auf: Vertrag zu Gunsten eines Dritten; legatum dotis (§ 494 Note 9); legatum debiti alieni (vgl. III § 625 Note 17).

[2] L. 14 § 15 D. quod met. causa 4. 2, l. 1 § 43 D. dep. 16. 3 u. a. m.

[2a] Dieß leugnet Brinz. S. § 293 Note 1 in der Mitte und die folgende Note.

[3] Und so war nach römischem Recht namentlich die litis contestatio für die übrigen Gläubiger und Schuldner gleichgültig. L. 1 § 10 l. 2 l. 3 l. 4 D. de his qui eff. 9. 3, l. 1 § 43 D. dep. 16. 3, l. 18 § 1 D. de adm. et per. 26. 7 u. a. m. Ribbentrop S. 1 Note 2. Hiervon ging Ribbentrop aus, als er zwischen der Correal- und der bloß solidarischen Obligation in der hier festgehaltenen Weise unterschied. Fritz (XXII S. 471 478—79. 492) glaubt dieses Argument für die Unterscheidung einer doppelten Art von Solidarobligation durch den Hinweis darauf beseitigen zu können, daß auch bei der Correalobligation der Ausschluß der objektiven Wirkung der Litiscontestation durch Vertrag möglich und gewöhnlich gewesen sei (l. 28 C. de fidei. 8. [40] 41). Anders Siebenhaar S. 79—80. 111—112, was der Vollständigkeit wegen hier noch citirt sein mag.

außer der Erfüllung objective Wirkung nur: Leistung an Erfüllungsstatt[4], gerichtliche Hinterlegung[4], durchgeführte Compensation[5], Novation[5], Quittungsvertrag[6]. Auch darin unterscheidet sich das bloß

[Neuere Versuche, die Bedeutung der Litiscontestation für eine principielle Unterscheidung innerhalb der Solidarobligation zu beseitigen: Mitteis Individualisirung S. 61 fg. Grünhut's Zeitschr. XIV S. 449, Kuntze die Obligation im röm. u. heut. R. S. 68 fg., Dernburg II § 72.] — Brinz (Note 2a) argumentirt so: auch bei dem Correalverhältniß reicht die bloße Einheit der Obligation nicht aus, um die processualische Consumtion zu erklären, da es an dem Erforderniß der eaedem personae fehlt; also muß bei ihm noch etwas Anderes vorhanden sein, was über dieses Hinderniß hinweghilft, und wenn daher bei dem bloßen Solidarverhältniß processualische Consumtion nicht eintritt, so folgt daraus nicht, daß bei ihm nicht Einheit der Obligation stattfindet, es tritt vielmehr bei ihm deßwegen die processualische Consumtion nicht ein, weil bei ihm jenes Andere fehlt. Dieses Andere ist nach Brinz „Vertretung" (vgl. § 293 Note 1 in der Mitte). Hiergegen ist zu bemerken, daß bei dem Correalverhältniß die Einheit der Obligation, richtig gefaßt, allerdings über den Mangel der Identität der proceßführenden Parteien hinweghilft. Denn bei dem Correalverhältniß macht der später auftretende Gläubiger nicht bloß objectiv dieselbe Obligation geltend, welche der früher aufgetretene geltend gemacht hat, sondern ganz prägnant die Obligation des früher aufgetretenen; das Recht, indem es Einheit der Obligation setzt, bezeichnet die Obligation des Einen als die des Andern, und die des Andern als die des Einen. Und ebenso entsprechend bei dem passiven Correalverhältniß. Man stelle zur Erläuterung den Fall entgegen, wo die durch eine concrete Thatsache erzeugte Obligation zuerst von dem Einen als dem ausschließlich Berechtigten geltend gemacht wird, und dann von einem Andern mit der Behauptung, berechtigt sei er, nicht jener, oder wo sie geltend gemacht wird zuerst gegen den Einen als ausschließlich Verpflichteten, und dann gegen einen Andern mit der Behauptung, nicht jener, sondern dieser sei der Verpflichtete. In diesen Fällen tritt processualische Consumtion gewiß nicht ein, obgleich es an Einheit der Obligation auch in ihnen nicht fehlt. So nehme also auch ich an, daß bei dem Correalverhältniß in der Obligation des Einen auch die Obligation des Andern geltend gemacht wird; aber freilich ist das noch nicht die Idee der „Vertretung". [Eisele Abhandlungen aus dem röm. Civilprozeß: die exceptio rei in iudicium deductae enthielt keine Erwähnung der Personen.]

[3a] Vgl. hierzu noch Römer bedingte Novation § 23 in Verbindung mit § 20—22 (freilich auch Salkowski Novation S. 456—458).

[4] Vgl. § 295 Note 1. An Beweisstellen fehlt es auch hier.

[5] Nach der in § 295 Note 3 und § 353 Note 3 entwickelten Bedeutung der Novation. Damit die Novation diese Wirkung habe, ist nicht nothwendig, daß die neue Obligation an Werth der eingetauschten gleich sei, aber wohl daß der Gläubiger sie als Aequivalent für die verlorene angesehen habe. Sonst liegt theilweiser Erlaß vor. Fitting § 9, namentlich S. 56; vgl. übrigens auch Ribbentrop S. 271, Savigny S. 202 (S. 176), Vangerow § 573 a. E., Mages S. 126 fg., [Dernburg II § 75 zu Note 2].

[6] Insofern er der römischen acceptilatio entspricht (§ 357 Note 13. 14). Die acceptilatio aber ist Erklärung des Willens, daß Alles so gehalten werden solle, als wäre Erfüllung erfolgt (§ 337 Note 5). Sie ist vertragsmäßige Erklärung dieses Willen; aber bei der Correalobligation wirkt sie unbestritten über die Person des anderen Vertragssubjectes hinaus: warum sollte es hier anders sein? So auch — im Widerspruch mit der herrschenden Meinung —

solidarische Rechtsverhältniß von der Correalobligation, daß bei demselben die Möglichkeit der Concentration auf die Person Eines Gläubigers wegfällt[7]. Im Uebrigen gelten für beide Rechtsverhältnisse die gleichen Grundsätze. Namentlich kommt es auch bei der bloßen Solidarität vor, daß der Gläubiger nicht von jedem der mehreren Schuldner sofort das Ganze fordern kann, sondern zuerst an Einen, oder an Jeden zu seinem Theil, sich halten muß — Rechtswohlthat der Vorausklage und der Theilung[8]. Die eine und die andere Rechtswohlthat steht demjenigen zu, welcher wegen Verschuldung mit einem Andern zusammen auf Ersatz eines Schadens haftet: die erste, wenn der Andere an dem angerichteten Schaden in erster Linie schuld ist[9], die zweite, wenn der Andere sich mit ihm in gleicher Verschuldung befindet[10]. Um so mehr muß die Rechtswohlthat der Theilung den-

---

Fitting § 8 nam. S. 48, vgl. § 295 Note 4 a. E. A. M. Erman zur Geschichte der römischen Quittungen und Solutionsacte (1883) S. 54. 70 auf Grund der Annahme, daß das Empfangsbekenntniß bei der acceptilatio nur Formel gewesen sei. S. auch Unger S. 268 Note 40. [Mitteis Grünhut's Zeitschr. XIV S. 452 fg., Hartmann Zeitschrift f. Schweiz. R. N. F. VI S. 132 fg.] — Nicht das Gleiche, wie von dem Quittungsvertrag (acceptilatio), darf von dem in die Form eines Empfangsbekenntnisses nicht eingekleideten Erlaß gesagt werden. So auch l. 15 D. de tutelae 27. 3, l. 1 C. de transact. 2. 4. [A. M. Mitteis Grünhut's Zeitschr. XIV S. 445 fg.] Nur wenn Jemand für den von einem Andern angerichteten Schaden erst in zweiter Linie haftet, kommt ihm der Jenem gewährte Erlaß gleichfalls zu Gute. L. 41. 45 D. de adm. et per. 26. 7. — Ueber l. 28 § 2 D. de iurei. 12. 2 s. § 295 Note 6.

[7] Diese Wirkung kann weder durch litis contestatio erreicht werden (l. 14 pr. D. de nox. act. 9. 4), noch durch constitutum.

[8] S. § 293 Note 5. 6.

[9] Anerkannt: a) bei Mitvormündern, l. 3 § 2 l. 39 § 11 l. 55 § 2 D. de adm. et per. 26. 7, l. 12 D. de rem pup. 46. 6, l. 8 C. de adm. tut. 5. 37, l. 2. 3 C. de div. tut. 5. 52, l. 2 C. de her. tut. 5. 54, l. 1 C. si tut. vel cur. 5. 64; b) bei Mitbeamten, l. 11—13 D. ad mun. 50. 1, l. 4 [3 pr.] l. 11 § 5 [9 § 8] D. de adm. rer. 50. 8, l. 1. 2. 4 C. quo quisque ord. 11. 36 [35]. In diesen Vorschriften nicht den Ausdruck eines allgemeinen Principes anzuerkennen, halte ich, namentlich auch dem weiten Umfang gegenüber, in welchem die Rechtswohlthat der Theilung und der Regreß bei gleicher Lage der Parteien anerkannt sind (l. 22 D. dep. 16. 3, l. 4 D. de his qui eff. 9. 3), nicht für gerechtfertigt. Seuff. Arch. XXIII. 138.

[10] Anerkannt: a) bei Mitvormündern, l. 38 pr. § 1 D. de adm. et per. 26. 7, l. 1 § 11. 12 D. de tutelae 27. 3; b) bei Mitbeamten, l. 45 D. de adm. et per. 26. 7, l. 7 D. de mag. conv. 27. 8, l. 3 C. eod. 5. 75; c) bei mehreren Depositaren (Erben eines Depositars), l. 22 D. dep. 16. 3; d) bei mehreren Zollpächtern, welche aus Entwendung oder Beschädigung haften, l. 6 D. de public. 39. 4. In den beiden letzten Fällen wird die Rechtswohlthat der Theilung sogar für den Fall eines gemeinschaftlichen Dolus zugestanden; anders entscheidet für Mitbeamte l. 7 cit. — Ueber die auf Nov. 99 c. 1 gestützte Meinung, nach welcher alle vertragsmäßigen Solidarschuldner die Rechtswohlthat der Theilung haben sollen, s. § 293 Note 10. Vangerow S. 91 (7. Aufl. S. 82).

jenigen zugestanden werden, welche zusammen aus fremder Verschuldung haften[11]. So weit die Rechtswohlthat der Vorausklage und der Theilung reicht, ist auch für denjenigen, welcher Mehr leistet, als er eigentlich zu leisten braucht, ein Rückgriff gegen den Mitschuldner[12], sowie ein Anspruch gegen den Gläubiger, welchen er befriedigt, auf Abtretung der diesem zustehenden Forderung begründet[13].

Die Entstehung des bloß solidarischen Rechtsverhältnisses[13a] setzt einerseits eine Mehrheit von Thatsachen voraus, auf der andern Seite, daß die durch diese mehreren Thatsachen begründeten Forderungsrechte sämmtlich auf denselben Zweck gerichtet sind, so daß, wenn das eine Forderungsrecht erfüllt ist, das andere gegenstandslos geworden ist[14]. Der Hauptfall des bloß solidarischen Rechtsverhältnisses ist der, wo Mehrere auf Ersatz eines und desselben Schadens haften, aus unerlaubtem Verhalten[15], oder aus Vertrag[16], oder aus sonstigem Grunde[17]; aber es ist nicht der einzige Fall[18].

---

[11] Vgl, l. 5 pr. D. de his qui eff. 9. 3.

[12] L. 29 [30] D. de neg. gest. 3. 5, l. 1 § 13. 14 D. de tutelae 27. 3, l. 2 C. de contr. iud. tut. 5. 58, l. 2 § 8. 9 D. de adm. rer. 50. 8, l. 4 D. de his qui eff. 9. 3. Den Fall der Böswilligkeit schließt (bei Mitvormündern) ausdrücklich aus l. 1 § 14 cit. Vgl. Schmid Grundlehren der Cession I S. 359—369.

[13] L. 1 § 13. 14. 18 l. 21 D. de tutelae 27. 3, l. 6 C. arb. tut. 5. 51, l. 2 C. de div. tut. 5. 52, l. 2 C. de contr. iud. tut. 5. 58. Den Fall der Böswilligkeit schließen ausdrücklich aus (bei Mitvormündern) l. 1 § 14 cit., l. 38 § 2 D. de adm. et per. 26. 7.

[13a] Ueber die verschiedenen Ansichten s. die Uebersicht bei Samhaber § 16, dazu Baron § 16. 17.

[14] Der nahe liegende und bequeme Ausdruck: die mehreren Forderungsrechte müssen auf dieselbe Leistung gerichtet sein (vgl. § 292 Note 3 a. E.), gibt über die Beziehung, in welcher die mehreren Forderungsrechte zu einander stehen müssen, keinen genügenden Aufschluß. Was gehört dazu, daß man sagen könne, es sei dieselbe Leistung vorhanden? Vgl. I § 121 Note 10, II § 343a Note 4. 6.

[15] Es macht dabei keinen Unterschied, ob dieses unerlaubte Verhalten unter dem Gesichtspunkt eines Delicts, oder unter dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen eine concrete Rechtspflicht zur rechtlichen Würdigung kommt. Ueber den ersten Fall s. l. 1 § 4 D. de eo per quem fact. erit 2. 10, l. 14 § 15 l. 15 D. quod met. causa 4. 2, l. 17 pr. D. de dolo 4. 3, l. 5 pr. D. de nox. act. 9. 4. l. 3 pr. D. si mens. 11. 6, l. 7 § 4 l. 8 D. quod falso tut. 27. 6, l. 1 § 13 D. de vi 43. 16, l. 1 C. de cond. furt. 4. 8 (Ribbentrop § 14. 15); über den zweiten Fall s. l. 5 § 15 D. comm. 13. 6, l. 1 § 44 l. 22 D. dep. 16. 3, l. 15 D. de tutelae 27. 3 (l. 18 § 1 D. de adm. et per. 26. 7), vgl. Ribbentrop § 9. 10. 19. Vgl. HGB. Art. 173 Abs. 3. Art. 204. 241 Abs. 2. Art. 245 Abs. 4. Art. 247 Abs. 2 Ziff. 3. Art. 248 Abs. 3. Andere hierher gehörige Reichsgesetze bei Mandry S. 398 fg. [3. Aufl. S. 349 fg.] — Zu dem Gesagten bemerke man noch: a) eine unerlaubte Handlung, welche Mehrere gemeinschaftlich vornehmen, ist eine unerlaubte Handlung für Jeden; schuldig ist Jeder. Vgl. l. 1 § 14 D. de tutelae 27. 3. „Plane si ex dolo communi con-

3. Mehrheit der Gläubiger oder Schuldner bei Untheilbarkeit der Leistung*.

§ 299.

Wenn Mehrere zusammen eine untheilbare Leistung zu fordern haben oder eine untheilbare Leistung schuldig sind, so tritt zwar eben=

---

ventus praestiterit tutor, neque mandandae sunt actiones, neque utilis competit, *quia proprii delicti poenam subit* . . ". Ebenso l. 15 eod. (s. unten). Wird in l. 15 § 2 D. quod vi 43. 24 ausnahmsweise die Einheit der Handlung betont und deßwegen Correalschuld für die mehreren Delinquenten angenommen, oder ist die Stelle anders zu erklären? Vgl. Ribbentrop S. 95 fg., Schmidt Interdiktenverfahren S. 200 fg., Bekker Aktionen I S. 178 fg., Ziebarth Jahrb. f. Dogm. XII S. 402 fg., s. auch Baron S. 219—221. [Pernice Zeitschr. f. HR. XXXIII S. 439 unt.] b) Wenn eine und dieselbe Sache bei Mehreren deponirt oder Mehreren geliehen wird, oder wenn Mehreren ein Auftrag gegeben wird (vgl. noch l. 60 § 2 D. mand. 17. 1), oder Mehrere aus einem andern Grunde zur Besorgung fremder Angelegenheiten verpflichtet sind, so liegt zunächst eine untheilbare Obligation vor (anders, wenn der gleiche Auftrag jedem von Mehreren besonders gegeben wird). Die Folge dieser Untheilbarkeit ist, daß jeder für seine Verschuldung in Betreff des Ganzen, nicht bloß in Betreff eines Theiles einzustehen hat. Läßt er sich eine Verschuldung zu Schulden kommen, so nimmt dadurch seine Verpflichtung für ihn eine neue Gestalt an. Lassen sich mehrere Verpflichtete eine Verschuldung zu Schulden kommen, so sind sie aus dieser Solidarschuldner. Dieß ist entschieden die Auffassung der Quellen. L. 5 § 15 D. comm. 13. 6: — „sed esse verius ait, et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere". L. 1 § 14 D. de tutelae 27. 3 (s. ob.). L. 15 D. eod. „Si ex duobus tutoribus cum altero quis transegisset, quamvis ob dolum communem, transactio nihil proderit alteri; nec immerito, cum unusquisque doli sui poenam sufferat . . . ut in duobus, quibus res commodata est vel deposita, quibusque mandatum est". S. ferner l. 81 § 1 D. de sol. 46. 3 (— „sed etsi sine praetore sine dolo malo hoc fecero, liberabor, aut, quod verius est, non incidam in obligationem") und l. 21 § 1 D. dep. 16. 3 (l. 1 C. an serv. 4. 14). Vgl. Fitting S. 230 fg., Baron S. 208 fg., Fritz XXII S. 373 fg., nimmt in diesen Fällen Correalität an, in Folge des Willens der Parteien, welcher zwar nicht ausgesprochen sei, aber sich aus der Natur der versprochenen Leistung von selbst ergebe.

[16] L. 21 l. 59 § 3 D. mand. 17. 1, l. 52 § 3 D. de fidei. 46. 1. [Seuff. Arch. XLII. 106 (RG.).]

[17] So haften mehrere Bewohner desselben Gemaches mit der actio de effusis et eiectis solidarisch. L. 1 § 10 — l. 4 D. de his qui eff. 9. 3. Warum sind sie nicht Correalschuldner, wie die mehreren Eigenthümer eines delinquirenden Sclaven oder schadenden Thieres? Wenn Mehrere zusammen wohnen, so ist das Wohnen des Einen nicht das Wohnen des Andern; aber wenn Mehrere zusammen Eigenthümer sind, so ist allerdings das Eigenthum des Einen das Eigenthum des Andern (I § 169a). — Es kann auch sein, daß der Haftungsgrund für die verschiedenen Haftenden ein verschiedener ist. Dieß ist namentlich dann der Fall, wenn wegen der unerlaubten Handlung des Einen ein Anderer ohne eigene Verschuldung in Anspruch genommen werden kann. So eben bei der actio de effusis et eiectis (§ 457 Ziff. 1), ferner bei der actio de recepto (§ 384) und der actio adversus nautas etc. (§ 454 Ziff. 2, § 475 Ziff. 2),

falls Solidarität der Berechtigung und Verpflichtung ein[1], aber diese Solidarität hat ihre Besonderheiten[2]. Einmal ist dieselbe unbedingt eine lediglich formale; der Gläubiger, welcher die Leistung eingezogen hat, muß seine Mitgläubiger unbedingt für ihren Antheil entschädigen, und ebenso unbedingt kann der Schuldner, welcher geleistet hat, von seinen Mitschuldnern Ersatz für ihren Antheil verlangen[3]. Sodann aber wird die Solidarität auch in formaler Beziehung nicht streng durchgeführt; abgebrochen wird von derselben in dem Falle, wo eine Mehrheit von Gläubigern vorhanden ist. Ist nämlich in diesem Falle die Leistung nicht von der Art, daß durch die dem einen der mehreren Gläubiger gemachte Leistung eine Befriedigung auch der übrigen herbeigeführt wird[4], so braucht der Schuldner einem der Gläubiger allein

---

und in ähnlichen Fällen. Vgl. Römer Zeitschr. f. Handelsr. XVIII S. 1 fg. Ein ferneres Beispiel gewährt der Versicherungsvertrag, wenn der Schaden durch die unerlaubte Handlung eines Dritten angerichtet worden ist.

[18] Namentlich entsteht eine bloß solidarische Verpflichtung noch dadurch, daß Jemand die Verpflichtung eines Andern (nicht übernimmt, sondern) zu erfüllen verspricht. L. 18 § 3 D. de pec. const. 13. 5, vgl. l. 97 § 1 D. de V. O. 45. 1. [Versicherung bei mehreren Versicherern, Seuff. Arch. XLI. 217.]

* Die Literatur dieser Lehre ist bei § 253 angegeben.

§ 299. [1] L. 2 § 2 l. 85 § 2 D. de V. O. 45. 1, l. 17 D. de serv. 8. 1, l. 19 D. de S. P. R. 8. 3, l. 25 § 9—11 D. fam. erc. 10. 2, l. 11 § 23. 24 D. de leg. III° 32, l. 80 § 1 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 192 pr. D. de R. I. 50. 17.

[2] Diese Solidarität, — d. h. diejenige Solidarität, welche bloß deßwegen eintritt, weil die Leistung untheilbar ist. Es kann aber bei Untheilbarkeit der Leistung auch einer der anderen möglichen Gründe der Solidarität vorhanden sein. In diesem Falle gelten die im Vorhergehenden dargestellten Grundsätze.

[3] Die Quellen erkennen dieses Rückgriffsrecht direct nur für Mitschuldner an, und nur für solche Mitschuldner, welche es durch Erbgang geworden sind — l. 25 § 10 l. 44 § 8 D. fam. erc. 10. 2, l. 49 § 4 D. de leg. II° 31, l. 11 § 23. 24 D. de leg. III° 32, l. 2 § 2 D. de V. O. 45. 1. Allein es ist unzweifelhaft, daß das Rückgriffsrecht auch andern Mitschuldnern, und ebenso unzweifelhaft, daß es auch Mitgläubigern zu Gute kommen muß. Wenngleich es in einem gegebenen Falle durch kein anderes zu Grunde liegendes Rechtsverhältniß, wie z. B. Auftrag oder Gesellschaft (actio mandati, pro socio [vgl. z. B. l. 52 § 12 D. pro soc. 17. 2]) gerechtfertigt wird, so kann es doch jedenfalls darauf gestützt werden, daß man geleistet habe, was materiell theilweise dem Mitschuldner zur Last falle, daß der Mitgläubiger eingezogen habe, was materiell theilweise uns gebühre (actio negotiorum gestorum, condictio sine causa — daß bei der ersteren die ausschließliche formale Beziehung der Aufwendung und Einziehung auf den Aufwendenden und Einziehenden kein Hinderniß macht, dafür l. 31 § 7 D. de neg. gest. 3. 5, l. 19 § 2 D. comm. div. 10. 3, s. überhaupt § 431 Note 12). Vgl. A. Brinkmann Verhältniß der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum S. 108. 142 fg., Ubbelohde in der bei § 253 angeführten Schrift S. 261. 270—274.

[4] Beispiele: mehrere Miteigenthümer sind berechtigt, die Herstellung eines Werkes zu fordern, durch welches ihr Grundstück vor Wassergefahr geschützt werden soll; Mehrere sind berechtigt, die Herausgabe einer hinterlegten Sache

nur zu leisten, wenn ihm Sicherheit gegen die Ansprüche der übrigen gegeben wird[5], und kommt es dazu, daß von dem Schuldner statt der Naturalerfüllung eine Geldleistung erlangt wird, so erlangt jeder Gläubiger nur seinen Antheil an derselben[6]. Dagegen tritt die gleiche Behandlung im Falle einer Mehrheit der Schuldner nicht ein; hier muß jeder Schuldner das Ganze leisten auch ohne Sicherheit, und auch dann, wenn an die Stelle der eigentlich verschuldeten Leistung ein Geldäquivalent tritt[7]. — Aus der Verschuldung des Mitschuldners

---

zu fordern. Die Herstellung des Werkes kommt allen Forderungsberechtigten zu Gute, wenn sie auch nur von Einem eingetrieben worden ist (l. 11 § 1 D. de aqua et aquae 39. 3); die Leistung an einen Deponenten kommt nicht auch den andern Deponenten zu Gute.

[5] L. 1 § 36 l. 14 pr. D. dep. 16. 3. Vgl. l. 54 § 1 i. f. D. de V. O. 45. 1. Möglicherweise bedarf aber der Schuldner einer Sicherheit nicht, indem er allen Gläubigern gegenüber frei wird, auch ohne daß in der Erfüllung an den Einen eine Befriedigung Aller liegt. L. 81 § 1 D. de solut. 46. 3. Ubbelohde a. a. O. S. 233—245, Rümelin a. a. O. S. 219—223. Seuff. Arch. VII. 27, XV. 78, XXVIII. 113; s. aber auch das. XXXI. 212. Vgl. noch XXVIII. 111.

[6] Er kann nicht Mehr verlangen, als sein Interesse. Nach dem classischen römischen Rechte trat der bezeichnete Fall schon ein, sobald es zur Condemnation kam. Daher l. 25 § 9 D. fam. erc. 10. 2 (vgl. l. 4 § 3 D. si serv. 8. 5), l. 1 § 31. 44 l. 17 pr. D. dep. 16. 3. Im heutigen Rechte tritt er nur ein bei der Execution, oder wenn die Leistung unmöglich geworden ist. Von dem letzteren Falle handelt l. 8 pr. D. de op. lib. 38. 1, vgl. l. 54 § 1 D. de V. O. 45. 1 (Ubbelohde S. 72—73).

[7] Der Gläubiger bei der ungetheilten Obligation kann nicht Mehr verlangen, als sein Interesse, aber sein Interesse kann er ganz verlangen. Doch ist die herrschende Meinung mit dem im Text aufgestellten Satz nicht einverstanden. Die herrschende Meinung geht davon aus, daß nach römischem Recht die Geldcondemnation jeden der mehreren Schuldner in gleicher Weise nur auf seinen Theil getroffen habe, wie jeder der mehreren Gläubiger Verurtheilung nur auf seinen Theil erlangt habe. Diese Theilung wird dann vielfach auch für das heutige Recht entweder (wenigstens was die Executionsinstanz angeht) direct festgehalten, oder es wird darauf für das heutige Recht eine Befugniß des Schuldners hergeleitet, zu verlangen, daß er nur in Gemeinschaft mit den andern Schuldnern verurtheilt werde (s. g. exceptio plurium litis consortium). Vgl. über die verschiedenen Ansichten Vangerow § 567 Anm. 2 Nr. I. 2 a. E., Sintenis II § 84 Anm. 27, Ribbentrop S. 184, Wetzell Civilproc. § 63 von Note 39 an, Arndts § 216 Anm. 2, Ubbelohde S. 281—284. Gegen die herrschende Meinung in ihrem ganzen Umfang Savigny a. a. O (§ 34); Ubbelohde bestreitet sie in Betreff positiver Leistungen (a. a. O. S. 76—95. 251—256), tritt ihr bei in Betreff negativer (S. 105 Note 1a), und dieser Meinung hat sich auch Arndts a. a. O. in der 5. und 6. Aufl. angeschlossen, während er in den späteren Auflagen der hier vertretenen Ansicht folgt. Für die letztere aus der neueren Zeit auch Brinz 2. Aufl. S. 73. 75, Ryk Schuldverhältn. S. 110 fg., während Scheurl S. 99 fg. mit Ubbelohde geht, ebenso Hasenöhrl § 13 Note 54. Rümelin S. 226 fg. hält auch in Betreff positiver Leistungen an der herrschenden Meinung fest (jeder Schuldner hafte nur zur Mitwirkung, und wenn

kann kein Schuldner in Anspruch genommen werden[8], es müßte denn eine solche weitergehende Verhaftung besonders begründet sein[9].

ohne seine Schuld eine Einigung nicht zu Stande komme, auf das Interesse für seinen Theil). Vgl. noch Burckhard die operis novi nunciatio S. 447 fg. [Für die herrschende Ansicht auch Dernburg II § 24 a. E.] Man bemerke über diese Frage Folgendes. a) Es ist anerkannt, daß aus der Obligation auf Bestellung einer untheilbaren Dienstbarkeit jeder der mehreren Schuldner nach römischem Recht auf das Ganze verurtheilt wurde, l. 25 § 10 D. fam. erc. 10. 2, l. 2 § 2 D. de V. O. 45. 1. Die herrschende Meinung hat nicht vermocht, einen genügenden Grund dafür anzugeben, weßwegen es bei Obligationen auf andere untheilbare Leistungen anders gehalten worden wäre (s. darüber Ubbelohde S. 77—82; die neuesten Versuche bei Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 215 fg., Rümelin S. 236 fg.). b) Ein Beweis gegen die herrschende Meinung liegt auch in l. 21 § 5 D. de O. N. N. 39. 1 (Ubbelohde S. 103). c) Dieselbe beruft sich aber auf l. 72 pr. D. de V. O. 45. 1. Allein wenngleich Savigny's Annahme, daß in dieser Stelle nur eine historische Notiz enthalten sei, überaus mißlich ist, so erscheint doch Ubbelohde's Erklärung vollkommen annehmbar; nach derselben ist die Stelle von dem Falle zu verstehen, wo bereits bei Lebzeiten des ursprünglichen Schuldners durch dessen Schuld eine Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist, und dadurch seine Schuld in eine, in gewöhnlicher Weise zwischen seinen Erben theilbare, Verpflichtung verwandelt worden ist (l. 7 § 1 l. 9 D. dep. 16. 3, l. 3 § 3 in Verbindung mit l. 17 § 2 D. comm. 13. 6). S. auch Ryk a. a. O. S. 111. d) Ueber l. 11 § 3 l. 6 D. de aqua et aquae 39. 3 s. Ubbelohde § 22. [Burckhard Actio aquae pluviae arcendae S. 504 fg.] L. 49 § 4 D. de leg. II° 31 gewährt der herrschenden Meinung anerkanntermaßen eine sehr gebrechliche Stütze (Brinz an dem bei § 253 citirten Orte S. 46). e) Was speciell die Verpflichtung zu einem untheilbaren Nichtthun angeht, so beruft sich Ubbelohde a. a. O. darauf, daß es hier von den mehreren Schuldnern nicht, wie bei der Verpflichtung auf ein untheilbares Thun, heiße: singuli in solidum tenentur, sondern: omnes tenentur u. dgl. Aber in l. 2 § 5 D. de V. O. 45. 1 und l. 25 § 12 D. fam. erc. 10. 2 wird der Fall der Verpflichtung zu einem Nichtthun dem Fall der Verpflichtung zu einem Thun ganz gleichgestellt („item", „quoque"), ein Argument, welches dadurch noch verstärkt wird, daß es in l. 25 § 12 cit. heißt: „in solidum committitur obligatio". S. auch l. 192 pr. D. de R. I. 50 17. Ubbelohde macht ferner geltend, daß aus der Obligation auf Nichtthun nicht eher geklagt werden könne, bis sie sich durch ihre Verletzung in eine Geldobligation verwandelt habe. Gewiß; aber warum soll hier etwas Anderes gelten, als wenn eine Obligation auf Thun sich durch die Schuld des einen der Schuldner in eine Geldobligation verwandelt hat? Was Scheurl S. 101 auf diese Frage antwortet, kann ich nicht für genügend halten.

[8] Ist die Leistung durch die Verschuldung eines Mitschuldners unmöglich geworden, so sind die andern Mitschuldner frei, und nur der eine Schuldiger fährt fort zu haften. L. 10 D. dep. 16. 3; vgl. l. 1 § 43 eod., l. 5 § 15 D. comm. 13. 6. Ueber l. 7 § 1 D. eod. s. Ribbentrop S. 130 Note 12. Ist der Inhalt der Leistung ein Unterlassen, so haftet jeder Schuldner nur für sein eigenes Thun, nicht für das des Mitschuldners. S. auch die folgende Note.

[9] Dieß ist z. B. der Fall, wenn Jemand eine Verpflichtung zum Nichthun „für sich und seine Erben" übernimmt. Jeder seiner mehreren Erben haftet dafür, daß „durch die Erben" die betreffende Handlung nicht vorgenommen werde, also auch wegen des Thuns der andern, vorbehaltlich jedoch seines Rückgriffs gegen dieselben. Hiervon handeln l. 2 § 5 l. 131 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 25 § 12 l. 44 § 5 D. fam. erc. 10. 2, vgl. l. 4 § 1 l. 85 § 3 D. de V. O. 45. 1.

Was die Frage angeht, inwiefern die hier nicht erwähnten Aufhebungsthatsachen von Obligationen, wenn sie in der Person Eines Gläubigers oder Eines Schuldners eintreten, für den Mitgläubiger und den Mitschuldner Wirkung haben, so ist von dem Principe auszugehen, daß die Verfügungen eines Mitgläubigers den Mitgläubigern keinen Eintrag thun[10], daß dagegen die Verfügungen eines Mitschuldners nach denselben Grundsätzen, wie bei der eigentlichen Correalobligation, auch den Mitschuldnern zu Gute kommen[11]. In Folge des zuerst genannten Satzes fällt hier auch für den Gläubiger die Möglichkeit weg, das Forderungsrecht auf seine Person ausschließlich zu concentriren[12].

§ 300.

Nachträglich zu dem über die untheilbaren Obligationen Gesagten ist noch Folgendes zu bemerken.

1. Der Sinn, in welchem eine Mehrheit von Schuldnern eine untheilbare Leistung übernimmt, kann möglicherweise auch der sein, daß jeder sich nur zu einer Mitwirkung bestimmter Art anheischig macht; dann haftet er auch nur für diese Mitwirkung, nicht für die ganze Leistung[1].

2. Ist der Inhalt der Leistung ein Unterlassen, so theilt sich die

---

In gleicher Weise kann Jemand auch die Verpflichtung zu einem Thun für sich und seine Erben begründen. Und ebenso können sich mehrere Personen gleich von Anfang an zu einem Thun oder Nichtthun in dem bezeichneten Sinne verbindlich machen. Aber ohne eine besondere Begründung tritt die Verhaftung des einen Schuldners für die Pflichtwidrigkeit des andern nie ein. Gewöhnlich wird dieß verkannt (so auch von Savigny S. 365), oder nicht besonders hervorgehoben. Auch Ubbelohde sieht jene Verhaftung für die Schuld des Mitschuldners wenigstens bei der durch Erbgang vermittelten Mehrheit der Schuldner und bei obligationes stricti iudicii als das Selbstverständliche an. A. a. O. S. 73. 108, vgl. S. 222. 236. Gegen U. auch Rümelin S. 227. 249. 258 fg., Scheurl S. 101. — Es läßt sich die Frage aufwerfen, ob nicht auch bei Mehrheit der Gläubiger das Forderungsrecht den Inhalt haben könne, daß einem jeden Gläubiger das Recht zustehen soll, Vermeidung der Pflichtwidrigkeit auch gegen den Mitgläubiger zu verlangen. Gewiß — insofern der Gläubiger ein Interesse daran hat, daß die Pflichtwidrigkeit auch gegen den Mitgläubiger vermieden werde. L. 2 § 6 l. 3 D. de V. O. 45. 1.

[10] Dieß folgt daraus, daß ein Mitgläubiger den übrigen Mitgläubigern auch durch Annahme der Leistung ihr Forderungsrecht zu entziehen nicht im Stande ist.

[11] Wenn die Solidarität in der That nur in Folge der Untheilbarkeit der Leistung eintritt, so ist auch Einheit der Forderung vorhanden. Abweichende Ansichten bei Ubbelohde S. 265 fg., und besonders bei Rümelin S. 253 fg. (da jeder Schuldner nur zur Mitwirkung verpflichtet sei [Note 7], so werde er frei, wenn die Verpflichtung des Mitschuldners wegfalle oder sich als nicht bestehend herausstelle). S. auch Ryk Schuldverh. S. 107. Seuff. Arch. XV. 112.

[12] Vgl. Ubbelohde S. 261 unten.

[1] Ubbelohde S. 239—240. 243—250. § 300.

Verpflichtung zwischen den mehreren Schuldnern selbst dann nicht, wenn die Leistung theilbar ist, d. h. wenn der Erfolg, welcher nicht bewirkt werden soll, in Bruchtheilen dargestellt werden kann[2]. Von einer Theilung der Verpflichtung kann hier nur unter der Voraussetzung die Rede sein, daß das Können, ohne welches das nicht zu Thuende nicht gethan werden kann, unter die mehreren Schuldner, und zwar definitiv, vertheilt ist[3].

Anhang.

§ 301.

Eine Mehrheit der Forderungsrechte bei einmaliger Leistungspflicht (§ 298) kann auch stattfinden, ohne daß die Obligationssubjecte verschieden sind; derselbe Schuldner ist demselben Gläubiger, was er ihm schuldig ist, aus mehreren Forderungsrechten schuldig. Dieses Verhältniß kann seinen Grund darin haben, daß der Schuldner dem Gläubiger die Erfüllung seiner Verbindlichkeit noch besonders verspricht[1]; oder darin, daß er ihm wiederholt verspricht, was er schuldig ist[2]; oder darin, daß ein Solidarschuldner den andern beerbt. Eine

[2] Der Grund ist ein sehr einfacher: zweimaliges Thun je zu $1/2$ macht ein ganzes Thun aus, aber zweimaliges Nichtthun je zu $1/2$ ist so wenig ein ganzes Nichtthun, daß es umgekehrt ein ganzes Thun ist.

[3] Ubbelohde S. 106 fg. Das Gesagte trifft zu bei dem in l. 4 § 1 D. de V. O. 45. 1 genannten Fall, wo Jemand, der versprochen hat: amplius non agi, mehrere Erben hinterläßt. Vgl. über diese vielbesprochene Stelle (§ *Cato*) Ubbelohde S. 129 fg. und Beil. II, Scheurl S. 76. 82 fg., Ryk S. 117.

§ 301. [1] Erfüllungsversprechen, constitutum debiti. S. § 284.

[2] Die Obligation, welche begründet wird, hat zum Gegenstand nicht die Erfüllung einer andern Obligation, sondern sie hat zum Gegenstand eine Leistung gleichen Inhalts, wie eine andere Leistung, mit der Maßgabe jedoch, daß nach der Absicht der Parteien die Erfüllung der einen Obligation auch die Erfüllung der andern sein soll (l. 18 D. de V. O. 45. 1) — s. g. accessorische Stipulation. L. 2 l. 9 pr. l. 16 l. 28 D. de nov. 46. 2, l. 38 § 2 D. de solut. 46. 3, l. 3 D. de resc. vend. 18. 5. Bähr Anerkennung § 13, Liebe Stipulation § 14, Gneist formelle Verträge S. 138 fg. 145 fg., Salkowski Novation § 6, Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 188 fg., Römer Abhandlungen I S. 1 fg. Der letztgenannte Schriftsteller sieht den Unterschied zwischen dem Erfüllungsversprechen und der accessorischen Stipulation darin, daß das Erfüllungsversprechen eine Obligation nicht erzeuge, wenn die zu erfüllende Obligation nicht bestehe, während bei der accessorischen Stipulation der Nichtbestand der Principalobligation nur die Folge habe, daß die erzeugte Obligation nach dem Rechte der Voraussetzung angegriffen werden könne. Ich halte das nicht für richtig. Der Unterschied zwischen dem Erfüllungsversprechen und der accessorischen Stipulation ist der, daß durch das Erfüllungsversprechen eine Obligation begründet werden soll, welche zum Gegenstand hat die Erfüllung einer andern Obligation, durch die accessorische Stipulation eine Obligation, welche zum Gegenstand hat die Erfüllung dieser Obligation, mit der Maßgabe jedoch, daß durch die Erfüllung dieser Oblgation auch die andere Obligation erfüllt sein soll. Was aber

besondere Betrachtung macht dieses Verhältniß nur insofern nöthig, als auch hier gefragt werden muß, in wiefern eine Aufhebungsthatsache, welche das eine Forderungsrecht betrifft, ihre Wirkung auf das andere erstreckt[3]. Die Antwort auf diese Frage ist die gleiche, wie bei dem bloßen Solidarverhältniß, nämlich, daß allein die Erfüllung[4] des einen Forderungsrechts, und was der Erfüllung gleichsteht[5], auch das andere tilgt[6]. Nur ist in einem gegebenen Falle zuzusehen, ob in der That die vorliegende Aufhebungsthatsache bloß Ein Forderungsrecht, und nicht vielmehr die sämmtlichen zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner bestehenden Forderungsrechte betroffen hat[7].

V. Entstehung des Forderungsrechts.

Einleitung.

§ 302.

Forderungsrechte entstehen, wie Rechte überhaupt (I § 68), entweder durch Rechtsgeschäft, oder durch richterliche Willenserklärung, oder durch irgend eine andere Thatsache, an welche das Recht die Entstehung eines Forderungsrechts anknüpft. Von den Rechtsgeschäften als Entstehungsgründen der Forderungsrechte ist im Folgenden näher zu handeln (§ 303 fg.). Der Richter begründet ein Forderungsrecht durch das verurtheilende Erkenntniß; das Nähere darüber ist bereits vorgetragen worden (I § 127 fg.), oder gehört in die Proceßlehre. Unter den andern Thatsachen, an welche das Recht die Entstehung eines Forderungsrechts anknüpft, sind hervorzuheben die Vergehen (Delicte); auch von ihnen ist unten näher zu handeln (§ 326). Eine

die Frage nach der Abhängigkeit der durch die accessorische Stipulation begründeten oder zu begründenden Obligation von der Principalobligation angeht, so glaube ich nicht, daß Römer der Nachweis gelungen ist, daß die Stipulation „Centum quae mihi debes ex emto dari spondes?“ eine Obligation auch dann erzeugt habe, wenn eine Kaufschuld nicht vorhanden war. Jedenfalls ist dieß nur eine Auslegungsfrage, und ich glaube nicht, daß, wenn Jemand heutzutage die aus einem näher bezeichneten Kaufvertrage verschuldeten 100 verspräche, die Auslegung, der Versprechende habe 100 schlechthin versprechen wollen, vielen Beifall finden würde.

[3] S. hierüber namentlich Römer bedingte Novation S. 231—300 (vgl. § 355 Note 17) und a. a. O. S. 41.

[4] L. 18 § 3 D. de pec. const. 13. 5, l. 38 § 2 D. de sol. 46. 3.

[5] Leistung an Erfüllungsstatt, gerichtliche Hinterlegung, durchgeführte Compensation, Novation, Quittung.

[6] Vgl. l. 18 § 1 D. de pec. const. 13. 5, l. 28 D. de nov. 46. 2 (§ 284 Note 4).

[7] So namentlich beim Erlaß, l. 3 D. de resc. vend. 18. 5, beim Schiedseidvertrag, l. 36 D. de iurei. 12. 2.

Orientirung unter den Enstehungsgründen von Forderungsrechten, welche nicht Rechtsgeschäfte und nicht Vergehen sind, gewährt die Betrachtung, daß diese anderen Entstehungsgründe entweder mehr nach der Seite der Rechtsgeschäfte, oder mehr nach der Seite der Vergehen liegen[1].[2]

A. Rechtsgeschäfte.

§ 303.

Für die Rechtsgeschäfte als Entstehungsgründe von Forderungsrechten gelten zunächst die gleichen Grundsätze, welche oben für die Rechtsgeschäfte überhaupt (I § 69—100) entwickelt worden sind. Im Uebrigen ist auch hier zu unterscheiden zwischen einseitigen Rechtsgeschäften und zweiseitigen Rechtsgeschäften (Verträgen). Die einseitigen sind entweder letztwillige oder Rechtsgeschäfte unter Lebenden. Nur die letzteren gehören hierher; von den ersteren ist im Erbrecht zu handeln.

1. Einseitige Rechtsgeschäfte*.

§ 304.

Die einseitige Erklärung des Willens, zu Gunsten eines Andern etwas leisten zu wollen, erzeugt, auch wenn sie in der Absicht sich zu verpflichten gemacht worden ist[1], der Regel nach ein Forderungs-

§ 302. [1] In diesem Sinne sagen unsere Quellen, indem sie an die Stelle der Rechtsgeschäfte die Verträge setzen, daß die Obligationen „aut . . . ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio" (§ 2 I. de obl. 3. 13, vgl. pr. I. de obl. quasi ex contr. 3. 27, pr. I. de obl. quae quasi ex delicto 4. 5). Die Obligationen quasi ex contractu und quasi ex maleficio oder delicto faßt eine andere Stelle (l. 1 pr. D. de O. et A. 44. 7) zusammen als Obligationen „ex variis causarum figuris". Die Neueren sprechen von Quasi-Contracten und Quasi-Delicten. Vgl. auch Schloßmann der Vertrag S. 37 fg. Ramm der Quasicontract nach den Quellen und sein Werth für Wissensch. u. Gesetzg., 1882 (vgl. krit. VJSchr. XXV S. 16 fg.).

[2] Begründung von Forderungsrechten durch Verjährung? Gewiß nicht nach römischem Recht (zu l. 1 C. de fideic. 6. 42 vgl. l. 16 § 1 C. de test. 6. 23, über l. 6 pr. D. de usur. 22. 1 s. § 259 Note 7 und außer den daselbst Citirten Burckhard die civilistischen Präsumtionen S. 234 fg.). Unterholzner Verjährungslehre II § 252. 253, F. Keller in Sell's Jahrb. III S. 184 fg. Aber nach heutigem Recht? Ueber die unvordenkliche Verjährung s. I § 113 Note 5. Auch die Ersitzung erkennen bei obligatorischen Rechtsverhältnissen juristischer Personen und dauernder Personenclassen an die Urtheile bei Seuff. Arch. VII. 269 und XVI. 5; dagegen VII. 5. S. auch das. I. 317 und Bruns Besitz S. 421—422. 481—483, Unterholzner Verjährungslehre II § 254. Ferner in diesem Lehrbuch § 464 Note 4. 5. Vgl. Seuff. Arch. XVIII. 123.

* Dig. 50. 12 de pollicitationibus. — Unterholzner II § 575, Sintenis II S. 276.

§ 304. [1] Eine nicht in der Absicht, sich zu verpflichten, abgegebene Erklärung erzeugt

recht nicht, d. h. der Erklärende kann die abgegebene Willenserklärung wieder zurücknehmen[2] und wenn er freiwillig leistet, erfüllt er damit keine Verbindlichkeit. Von dieser Regel gibt es aber Ausnahmen[3].

1. Wenn Jemand Etwas zum gemeinen Besten einseitig verspricht, so erwächst daraus dem Staate oder der betreffenden Gemeinde ein Forderungsrecht[3a], jedoch unbedingt nur dann, wenn das Versprechen eine rechtfertigende Veranlassung hat[4]. Ist eine solche Veranlassung nicht vorhanden, so haftet der Versprechende nur auf Vollendung des bereits Begonnenen[5], und selbst die Vollendung kann er im Falle der Verarmung mit dem fünften Theil seines Vermögens abkaufen[6]. Auch seine Erben haften unbedingt nur, wenn das Versprechen eine rechtfertigende Veranlassung hatte[7]; abgesehen von diesem Fall nur dann, wenn das versprochene Werk bei Lebzeiten des Erblassers bereits begonnen worden ist, und nur mit dem fünften, Descendenten mit dem zehnten Theil des ererbten Vermögens[8].

---

ein Forderungsrecht nie und unter keinen Umständen. Die Erklärung muß nicht eine bloße Enuntiation enthalten, sondern eine Disposition; nicht die Bezeichnung eines Vorsatzes oder Entschlusses, sondern den Ausdruck der Unterwerfung des Willens unter den Willen eines Andern.

[2] Vgl. übrigens § 307 Ziff. 1.

[3] Das römische Recht nennt das einseitige Versprechen pollicitatio. L. 3 pr. D. h. t. „Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum". Jedoch wird dieser Ausdruck auch einerseits zur Bezeichnung der gar nicht in bindender Absicht abgegebenen Erklärung (Paul. sentent. V. 12 § 9), andererseits zur Bezeichnung des formlosen, und sogar zur Bezeichnung des mit der gehörigen Form versehenen Vertrages gebraucht (l. 5 C. de contr. stip. 8. 37 [38], l. 43 § 1 D. de contr. emt. 18. 1).

[3a] Schloßmann der Vertrag S. 148 fg. sucht auszuführen, das Forderungsrecht entstehe hier nicht aus der einseitigen Erklärung, vielmehr sei Vertrag nothwendig, nur sei derselbe frei von den positiven Beschränkungen der Schenkung. S. dagegen auch Karlowa das Rechtsgeschäft S. 272. — Jhering der Zweck im Rechte I S. 465 (2. Aufl. S. 473): Stiftung unter Lebenden.

[4] L. 1 § 1. 5 l. 3 pr. l. 4 l. 6 § 2 l. 7 l. 9 l. 13 pr. l. 14 D. h. t. l. 19 pr. D. de don. 39. 5. [Entsch. d. RG. XV S. 213 (= Seuff. Arch. XLII. 26): Zusage eines Beitrags für eine zu bauende Eisenbahn.]

[5] L. 1 § 2—5 l. 3 pr. l. 5 (s. über diese Stelle Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 374 fg., Unterholzner a. a. O. Note g, Holzschuher III § 235 Nr. 1), l. 8 D. h. t.

[6] L. 9 D. h. t.

[7] L. 6 pr. l. 9 l. 11 l. 14 D. h. t. — In diesen Stellen ist zwar nur von Versprechen „ob honorem" (ein Mal — l. 11 cit. — wird hinzugefügt „vel sacerdotium") die Rede; aber es ist nicht zu kühn, dieß in der Weise, wie im Text geschehen, auszudehnen. Auch in Betreff der eigenen Verhaftung des Versprechenden wird der honor vorzugsweise, und nicht selten allein (s. l. 3 pr. l. 6 § 2 l. 9 l. 13 pr. D. h. t., l. 19 D. de don. 39. 5), hervorgehoben.

[8] L. 9 l. 14 l. 15 D. h. t. L. 9 und l. 14 cit. widersprechen sich dem Wortlaut nach insofern, als die letzte Stelle die Fünftel- bez. Zehntel-Beschränkung

2. In gleicher Weise wird durch ein Gelübde, d. h. durch das Versprechen einer Leistung zu einem frommen Zwecke, ein Forderungsrecht für die betreffende Anstalt begründet[9].

3. Wird auch durch ein öffentliches Versprechen, derjenigen Person, bei welcher gewisse Voraussetzungen zutreffend seien oder sein werden, etwas leisten zu wollen, eine Verpflichtung erzeugt? Aus dem römischen Recht gehört hierher die in der Anstellung eines Gewerbeverwalters oder Schiffsführers abgegebene öffentliche Erklärung[10]. Andere stellen auch die Auslobung hierher, nicht mit hinreichendem Grunde; s. § 308 Ziff. 1.

4. Mit mehr Recht wird die verpflichtende Kraft des modernen Inhaber- und Ordrepapiers den in dem Papier bezeichneten dritten Personen gegenüber auf die in der Ausstellung des Papiers enthaltene einseitige Erklärung des Schuldners zurückgeführt[11].[12]

---

schlechthin ausspricht, die erste nur mit dem Zusatz: „si bona liberalitati solvendo non fuerint". Es ist anzunehmen, daß mit diesen Worten nicht sowohl eine Bedingung des Abzugsrechts, als vielmehr eine Veranlassung für den Erben, die Vollendung zu verweigern, hat bezeichnet werden sollen. A. M. Sintenis II § 96 Anm. 55, welcher die Worte als Bedingung faßt und die Nichterwähnung dieser Bedingung in l. 14 für eine Ungenauigkeit hält. — L. 6 § 1 l. 14 citt. sind von einer nur in Aussicht stehenden Ehrenbezeigung (l. 11 D. h. t.) zu verstehen.

[9] So schon nach römischem Recht; nicht minder nach canonischem. L. 2 D. h. t.; c. 18 X. de cens. 3. 39. Brinz 1. Aufl. S. 1092 fg. Walter Kirchenrecht § 346, Richter Kirchenrecht § 262 (7. Aufl.). [Pernice Sitzungsberichte der Berliner Akademie der Wissenschaften 1886 S. 1187 fg.]

[10] Durch diese Erklärung verpflichtet sich der Anstellende, die von dem Gewerbeverwalter oder Schiffsführer innerhalb des Geschäftskreises dieser Personen eingegangenen Verbindlichkeiten als eigene erfüllen zu wollen. S. § 482. Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 359 fg. sieht in dieser Erklärung ein Vertragsanbieten, welches durch Contrahiren mit dem Gewerbeverwalter rc. acceptirt werde. Ich glaube nicht, daß damit der Sinn der Quellen wiedergegeben ist; denn sonst müßte man auch die actio quod iussu auf einen mit dem iubens abgeschlossenen Vertrag zurückführen, und diese Auffassung wird durch das „quodammodo cum eo contrahitur qui iubet" der l. 1 pr. D. quod iussu 15. 4 viel mehr widerlegt, als bestätigt.

[11] Die Frage, ob die Inhaber- und die Ordrepapierforderung ihren Grund in der einseitigen Erklärung des Schuldners oder in einem Vertrage haben, ist noch keine in der Wissenschaft erledigte. Vgl. Kuntze Inhaberpap. § 53. 78—83. Wechselrecht S. 293—312, Stobbe III § 171 Nr. 4, und die von diesen Schriftstellern Citirten. Dazu jetzt Brunner in Endemann's Handbuch des Handelsr. II § 194, Goldschmidt Zeitschr. für Handelsrecht XXVIII S. 84 fg., Gierke das. XXIX S. 257 fg. [Hasenöhrl Oesterr. Obligationenrecht II S. 35 fg.] Die Frage geht nicht in die andere auf, ob die Scripturobligation schon durch das Schreiben entsteht (ob die Scripturerklärung schon durch das Schreiben vollendet ist), oder erst durch die Begebung der Schrift; es ist auch das Verhältniß des Ausstellers zu den späteren Erwerbern der Urkunde ins Auge zu fassen. Und hier nun scheint mir die Annahme eines Vertrages nur dann

2. Vertrag.

a. Begriff.

§ 305*.

Der obligatorische Vertrag besteht, wie jeder Vertrag, in der Vereinigung zweier Willenserklärungen. Die Erklärung des einen

---

auszureichen, wenn man jeden folgenden Gläubiger als Rechtsnachfolger des vorhergehenden auffaßt. Thut man dieß nicht, sondern gibt jedem Inhaber oder Indossator ein selbständiges Recht auf Grund der schuldnerischen Erklärung, so muß man ihm dieses Recht auch geben bloß auf Grund dieser schuldnerischen Erklärung; denn sonst könnte der Aussteller das Gläubigerwerden des neu Eintretenden durch Widerruf verhindern. Daß er dazu nicht die Macht hat, ist feststehendes Recht. Für den Fall also, daß der Aussteller wirklich widerruft, gelangt man mit der Vertragstheorie zur Annahme eines Vertrages, welcher zu Stande kommt durch Acceptation eines Willens, welcher zwar früher vorhanden gewesen ist, aber jetzt nicht mehr vorhanden ist. Man wird auch den Gehalt der durch die Scripturerklärung begründeten Verpflichtung nicht dahin bestimmen dürfen, daß der Abgeber der Erklärung verpflichtet sei, sich durch Acceptation seiner Erklärung zum Schuldner machen zu lassen; denn dann würde er, wenn er die Erfüllung dieser Verpflichtung verweigerte, nicht auf Leistung haften, sondern auf Schadensersatz wegen Verhinderung des Schuldnerwerdens auf diese Leistung, was gewiß eine äußerst gezwungene und ungesunde Construction wäre. So bleibt also nichts Anderes übrig, als zu sagen, daß aus seiner Erklärung sofort eine Verpflichtung auf die durch die Erklärung versprochene Leistung für ihn entstehe. — Ueber die Frage, ob zur Schaffung einer Inhaberpapierforderung Jedermann oder nur der Staat befugt sei, s. Savigny Obl. II S. 122—130, Kuntze Inhaberpapiere S. 535—551. Thöl Handelsr. I § 54a Note 4 und Note 2 a. E. (5. Aufl. § 224 Note 4 und Note 1 a. E.). Goldschmidt Handelsr. I S. 1200—1220, Stobbe deutsch. Privatr. III § 179 Num. 5, v. Poschinger die Lehre von der Befugniß zur Ausstellung von Inhaberpapieren, München 1870, Brunner a. a. O. S. 198 fg. Seuff. Arch. VII S. 262—265, X S. 116—124, XIII. 55. 112, XV. 237. Reichsgesetz vom 14. März 1875 § 1. „Die Befugniß zur Ausgabe von Banknoten kann nur durch Reichsgesetz erworben werden". Strafbestimmung dazu (mit Erstreckung auf „sonstige auf den Inhaber lautende unverzinsliche Schuldverschreibungen") § 55.

[12] Siegel in einer interessanten Schrift, das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht (Wien 1873), hat die verbindende Kraft des einseitigen Versprechens als einen Zug des deutschen Rechts nachzuweisen gesucht. Für die Römer sei die Nothwendigkeit des Vertrags schon durch die Stipulationsform gegeben gewesen, während nach deutscher Auffassung das Schwergewicht nicht auf Seiten des Gläubigers, sondern auf Seiten des Schuldners liege. Das mag so sein und Siegel hätte hinzufügen können, daß überhaupt das römische Recht nach seiner ursprünglichen Auffassung sich den Rechtserwerb denkt als aus der Initiative des Erwerbenden, nicht des Weggebenden hervorgehend, wie außer der stipulatio expensilatio, acceptilatio, mancipatio, in iure cessio zeigen. Allein das römische Recht hat an der Nothwendigkeit der Annahme der Hingabeerklärung auch zu einer Zeit festgehalten, als ihm die Form der Rechtsgeschäfte kein Hinderniß mehr in den Weg legte (vgl. namentlich auch l. 10 D. don. 39. 5, l. 55 D. de O. et A. 44. 7), so daß jedenfalls dieß nicht gesagt werden darf, daß im heutigen Recht mit Wegfall der Stipulationsform das ein-

Vertragschließenden ist darauf gerichtet, daß er zu einer Leistung verpflichtet sein wolle[1], die des andern Vertragschließenden darauf, daß er diesen Verpflichtungswillen ergreife, sich aneigene — ohne Bild ausgedrückt: daß für ihn auf die Leistung, zu welcher der andere

---

seitige Versprechen eine ihm schon nach römischem Recht an und für sich innwohnende Kraft zu entfalten fähig geworden sei, was übrigens Siegel auch wohl nicht will. Aber auch in dem von Siegel aus dem älteren deutschen Recht beigebrachten Material kann ich keinen irgend welchen Beweis dafür erkennen, daß im heutigen gemeinen Recht das einseitige Versprechen auf bindende Kraft in größerem Umfange Anspruch machen dürfe, als ihm durch Gesetz oder Gewohnheit beigelegt ist. (Vgl. in dieser Beziehung auch Stobbe Zeitschr. f. RGesch. XIII S. 209 fg.) Uebrigens soll bereitwillig zugestanden werden, daß in dem Wesen des Schuldverhältnisses ein Grund gegen die bindende Kraft des einseitigen Versprechens nicht liegt. Warum sollte nicht Jemand durch seinen Willen sich selbst ein Gesetz setzen können, wie der Erblasser im Vermächtniß dem Erben ein Gesetz setzt? Aber das ist eine Betrachtung de lege ferenda, sie entscheidet nicht für den Inhalt eines gegebenen positiven Rechtes. Zu bemerken ist noch, daß Siegel seiner dogmatischen Construction ein Element beigefügt hat, welches nach meiner Ansicht von sehr fraglichem Werth ist. Er unterscheidet nämlich zwischen der Verpflichtung, das gegebene Versprechen zu erfüllen, und der Gebundenheit ans Wort, deren Bedeutung die sei, daß das gegebene Versprechen nicht zurückgenommen werden könne. Aber kann das gegebene Versprechen nicht zurückgenommen werden, so ist auch es selbst der Grund der Verpflichtung zur Erfüllung, und was sonst noch nothwendig sein mag, damit die Verpflichtung wirklich entstehe, fällt unter die Kategorie der Bedingung. S. auch Hartmann die Obligation S. 163, Stobbe a. a. O. S. 257 fg. und deutsch. Privatr. III § 168 Note 17. § 171 Note 12. Vgl. über die Schrift von Siegel überhaupt außer Stobbe a. a. O. Unger in Grünhut's Zeitschr. I S. 357 fg., Bekker Jenaische Literaturzeitung 1874 Nr. 2, Gareis Zeitschr. f. deutsche Gesetzgeb. VIII S. 180 fg., Behrend das. S. 187 fg. 306 fg., A. Pernice Zeitschr. für Handelsr. XX S. 88 fg., und eine besondere Schrift von F. Hofmann, die Entstehungsgründe der Obligationen, insbesondere der Vertrag. Wien 1874.

* Vgl. zu diesem und den folgenden §§ (bis § 310): Regelsberger civilrechtliche Erörterungen. 1. Heft. 1868. — Der Inhalt der Schrift von Schloßmann, der Vertrag, Leipzig 1876, ist im Wesentlichen der, daß nicht der Vertrag eine Verpflichtung erzeuge, sondern erst die Nichterfüllung desselben. Der Vertrag erzeuge nichts, als eine gerechtfertigte Erwartung des Empfängers des Versprechens, daß das Versprochene werde geleistet werden. Werde diese Erwartung durch die Schuld des Versprechenden nicht erfüllt, so entstehe — jetzt erst — für denselben eine Verpflichtung, und zwar auf Schadensersatz. Diese neue Theorie ist mit erstaunlicher Sicherheit des Tons vorgetragen; daß der Verfasser Jemanden überzeugen wird, glaube ich nicht. (Diesen in der 5. Auflage geschriebenen Worten kann ich jetzt hinzufügen, daß mir eine zustimmende Aeußerung nicht bekannt geworden ist. Widersprechend im Besonderen Eisele krit. VJSchr. XX S. 14 fg., Hasenöhrl österr. Obligationenr. I S. 312, Pernice Zeitschr. für Handelsr. XXV S. 99. Andererseits wieder Schloßmann Grünhut's Zeitschr. VII S. 565 fg.)

§ 305. [1] Zu wiederholen ist (vgl. § 304 Note 1), daß die Erklärung desjenigen, welcher Schuldner werden soll, nicht ein Reden von seinem Wollen, sondern ein Disponiren über sein Wollen enthalten muß. Seuff. Arch. XXVI. 144.

Theil verpflichtet sein zu wollen erklärt, ein Forderungsrecht entstanden sein solle[2]. Welche von diesen beiden Willenserklärungen vorhergeht, ist gleichgültig; der Vertrag kann nicht bloß in der Weise geschlossen werden, daß der Schuldnerwille vom Gläubiger, sondern auch in der Weise, daß der Gläubigerwille vom Schuldner acceptirt, angenommen wird[3]. Es kann auch die zuerst abgegebene Erklärung die Erklärung eines Schuldner- und Gläubigerwillens zugleich sein; dieß ist der Fall bei den zweiseitigen Verträgen (§ 320).

b. Abschluß.

§ 306*.

[1] Genügt zum Abschluß des Vertrages, daß die Annahmeerklärung abgegeben worden sei[2], oder muß dieselbe dem Antragsteller

---

[2] Regelmäßig für den Annehmenden selbst, möglicherweise auch für einen Dritten. Vgl. § 316. — Der Vertrag kommt also nicht zu Stande durch die bloße Uebereinstimmung der Schuldner- und der Gläubigererklärung; es ist ferner erforderlich, daß jede dieser Erklärungen mit Beziehung auf die andere abgegeben worden sei. A. M. Bekker Jahrb. des gem. R. III S. 116 fg., Hauser Zeitschr. f. Handelsr. XII S. 47, Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 382 fg.; gegen Diese Schott der obligatorische Vertrag unter Abwesenden S. 59 fg. Neuerdings a. M. Schloßmann S. 77 fg., Marsson (§ 306 Note *) S. 82, übereinstimmend Kühn Jahrb. f. Dogm. XVI S. 40 (vgl. S. 78), im Wesentlichen übereinstimmend Kohler Jahrb. f. Dogm. XVII S. 322. Vgl. noch Zitelmann Irrthum S. 272 Note 241. [Bekker Pand. II S. 87. 88.]

[3] Z. B. es gibt Jemand einem Freunde, welcher ihm ähnliche Geschäfte immer besorgt, einen Auftrag; Jemand schickt unaufgefordert einem Freunde ein Buch zum Lesen (Leihvertrag). Das bekannteste Beispiel aber gewährt die römische Stipulation. — In der ersten Auflage habe ich den Satz aufgestellt, daß, wenn der Anstoß zum Vertrage vom Gläubiger ausgehe, darin im Zweifel nur eine Vertragsanfrage, nicht ein Vertragsantrag, gefunden werden dürfe. Diesen Satz gebe ich jetzt auf. — [Gleichzeitige Erklärung des Schuldner- und des Gläubigerwillens? Dernburg II § 11 Note 2.]

* Vgl. zu diesem und dem folgenden § außer der zuvor citirten Schrift von Regelsberger S. 23 fg.: Bülow und Hagemann prakt. Erörterungen IV S. 20 fg. (1804). v. Wening-Ingenheim Arch. f. civ. Pr. II S. 267 fg. (1821). Hasse Rhein. Museum II S. 371 fg. (1829). v. Scheurl Beiträge I S. 305 fg. (1853) und Jahrb. f. Dogm. II S. 248 fg. (1858). Bekker Jahrb. des gem. R. II S. 342 fg. III S. 116 fg. 295 fg. (1858. 1859). Dahn Zeitschr. f. Handelsr. IX S. 503 fg. (1866). Filippo Serafini il telegrafo in relazione alla giurisprudenza civile e commerciale p. 48—82. Pavia 1862. Hauser Zeitschr. f. Handelsr. XII S. 34 fg. (1868). Emminghaus Arch. f. prakt. RW. N. F. VI S. 113 fg. (1869). Vangerow 7. Aufl. III § 603 Anm. 1 (1869). Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 139—393 (1871). Sohm Zeitschr. f. Handelsr. XVI S. 16—107 (1872). Schott der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. Heidelberg 1873. (Darüber Bekker krit. VJSchr. XV S. 543 fg.) Karlowa das Rechtsgeschäft und seine Wirkung S. 17—30 (1877). Kühn Jahrb. f. Dogm. XVI S. 1—90 (1878). Marsson die Natur der Vertragsofferte (Greifswalder Inauguraldissertation, 1879, beachtenswerth). Hasenöhrl österr. Obligationenrecht I S. 579 fg.

zum Bewußtsein gekommen[3], oder wenigstens an ihn gelangt sein?[4] Auf diese Frage ist zu antworten, daß die Annahmeerklärung existent ist, sobald sie abgegeben worden ist[5], daß sie aber von dem Erklären-

(1881). Gardike die Verträge unter Abwesenden (1882). (Darüber Regelsberger krit. VJSchr. XXIV S. 330 fg., Ryk Zeitschr. f. Handelsr. XXIX S. 316 fg.) Regelsberger in Endemann's Handb. des Handelsr. II S. 423 fg. (1882). [Kohler Archiv f. bürg. R. I S. 283 fg. (1889). Ryk Lehre von den Schuldverhältnissen S. 459 fg. (1889). Maas der Vertragsschluß auf elektrischem Wege (1889).] Stobbe deutsch. Privatr. III § 168 Nr. IV. Weitere Literaturangaben bei Thöl Handelsr. I § 57 Note 13. 6. Aufl. II § 237 Note 21, Serafini p. 51—52. 54. 55, Mittermaier Arch. f. civ. Pr XLVI S. 9 fg., Regelsberger S. 41, Schott S. 5. 36 fg. Hinzuzufügen Brinz 1. Aufl. § 362.

§ 306. [1] Die im Folgenden bezeichnete Frage ist eine in alter und neuer Zeit lebhaft verhandelte Streitfrage, und noch zeigt sich wenig Aussicht auf Einigung der Meinungen. Alles drängt, wie mir scheint, auf eine Vermittelung hinaus. Eine solche habe ich bereits in der 1 Auflage dieses Lehrbuchs versucht; die hier vorgetragene führt im Wesentlichen zu demselben Resultat, doch ist die Construction eine andere.

[2] S. g. Aeußerungstheorie, auch Declarationstheorie genannt. Für dieselbe: Bülow und Hagemann, Wening-Ingenheim, Scheurl in den Jahrbüchern, Thöl, Dahn, Serafini, außerdem Puchta § 251 a, Sintenis II S. 246 fg. und Vorles. dazu, Kuntze zu Holzschuher III S. 309—313 (dieser nur aus praktischen Gründen). Modification bei Kühn: es ist erforderlich, daß die gemachte Aeußerung nicht mehr rückgängig gemacht werden könne. [So auch Ryk a. a. O.] Seuff. Arch. II. 160, VII. 16, XVI. 203.

[3] S. g. Vernehmungstheorie, auch Rescisions-, Recognitions-, Agnitionstheorie genannt. Für dieselbe: Hasse, Bekker, Regelsberger, Vangerow, Brinz, Marsson, außerdem Wächter Arch. f. civ. Pr. XIX S. 116 Note 3 und Württemb. Privatr. II S. 737. Pand. II S. 357, im Princip und für den Hauptfall, daß der Antragsteller Antwort erwartet, auch Sohm. Seuff. Arch. I. 194, III. 19. 310, V. 116, VIII. 24.

[4] S. g. Empfangstheorie. Für dieselbe: Scheurl in den Beiträgen, Emminghaus, Hauser, Schott, Karlowa, Hasenöhrl, auch Seuffert in seinem Archiv VII S. 17. [Maas, Dernburg II § 11, vgl. auch Wendt § 199.] Nach Köppen tritt mit dem Gelangen der Annahmeerklärung an den Offerenten nur die Vollendung des durch den Vertrag zu begründenden Rechtsverhältnisses, dagegen der Beginn desselben schon mit der Abgabe (Uebermittelung) der Annahmeerklärung ein (das Nähere a. a. O. S. 373 fg.). — Uebrigens besteht zwischen der Vernehmungs- und der Empfangstheorie ein Unterschied nur was den Vertragsschluß durch briefliche und telegraphische Mittheilung angeht. Wird der Vertrag durch mündliche Mittheilung, unter Anwesenden oder unter Abwesenden (durch Boten), geschlossen, so ist die Annahmeerklärung an den Antragsteller nicht eher gelangt, bis sie von ihm (oder seinem Boten) vernommen worden ist. Vgl. Köppen S. 365. 374; zu weit geht Schliemann Zeitschr. f. Handelsr. XVII S. 7 fg.; vgl. § 309 Note 4. — Bedeutung eines Privat-Briefkastens für den Empfang: Seuff. Arch. XXXII. 213.

[5] Man hat das Gegentheil aus dem Begriffe der Willenserklärung oder doch der Annahmeerklärung als einer Antwort auf eine gestellte Frage zu deduciren gesucht. Ich halte diese Versuche nicht für gelungen. Sobald sich der Anwesende des zur Uebermittelung seiner Annahmeerklärung an den Antragsteller gewählten Mittels entäußert hat, ist vorhanden nicht bloß eine Willenserklärung, sondern

den zurückgenommen werden kann, bis sie an den Antragsteller gelangt ist[6]. Daher begründet die Erklärung der Annahme einer Gläubigererklärung (die Erklärung eines Schuldnerwillens) eine Verpflichtung nicht eher, bis sie an den Antragsteller gelangt ist[7], und wenn sie gar nicht an den Antragsteller gelangt, begründet sie eine Verpflichtung überhaupt nicht[8], während durch die Erklärung der Annahme einer Schuldnererklärung (die Erklärung eines Gläubigerwillens) der Antragsteller sofort verpflichtet ist, und deßwegen nicht weniger, weil allerdings auch diese Annahmeerklärung von dem Annehmenden zurückgenommen werden kann, bis sie an den Antragsteller gelangt ist, so daß die Möglichkeit bleibt, daß durch sie ein Forde-

---

auch eine an den Antragsteller gerichtete Willenserklärung, und wenn man sagt, dieselbe sei nicht fertig, vollendet, bis sie an den Antragsteller gelangt, oder von ihm vernommen worden sei, so beweist man mit dem zu Beweisenden. Vgl. auch l. 4 pr. D. de manum. vind. 40. 2. „Si pater filio permiserit servum manumittere . . deinde . . ignorante filio . . vetuisset per nuntium, et antequam filius certior fieret, servum manumisisset, liber non fit. Nam ut filio manumittente servus ad libertatem perveniat, durare oportet patris voluntatem; nam si mutata fuerit, non erit verum volente patre filium manumisisse". Ein nicht erklärter Wille hätte hier so wenig wie überhaupt juristische Bedeutung gehabt. S. ferner l. 7. D. de divort. 24. 2.

[6] Die Erklärung, welche ich Jemandem hingebe, ist, ehe sie an ihn gelangt ist, noch mein. Die Erklärung ist vollendet, aber die Hingabe ist noch nicht vollendet. Und eben weil die Hingabe noch nicht vollendet ist, kann ich die Erklärung noch immer zurücknehmen. — Der hier aufgestellte Satz sollte in dieser vielbestrittenen Materie am wenigsten bestritten sein. Es wird nie eine Theorie auf allgemeine Zustimmung rechnen dürfen, welche es dem Annehmenden verbietet, den abgeschickten Boten zurückzurufen, sich den abgesendeten Brief von der Post zurückgeben zu lassen. Ueberdieß hat der aufgestellte Satz einen zwingenden Beweis in der in der Note 8 angeführten Quellenentscheidung.

[7] Der Annehmende ist vorher noch nicht gebunden, er ist in der gleichen Lage, wie derjenige, welcher versprochen hat unter der Bedingung si voluerim (I § 93). Und wie dieser, hört er nicht etwa dadurch wieder auf, Schuldner zu sein, daß er seine Erklärung zurücknimmt, sondern, wie dieser, ist er gar nicht Schuldner geworden, weil er dem gegnerischen: du sollst, ohne Weiteres entgegenhalten kann: ich will nicht.

[8] Die Quellen haben die Entscheidung, daß ein Tauber nicht stipuliren könne (l. 1 § 15 D. de O. et A. 44. 7, l. 1 pr. D. de V. O. 45. 1). Man hat gegen die Beweiskraft dieser Entscheidung angeführt, daß die Stipulation ein Formalact gewesen sei; aber es ist mit Recht erwidert worden, daß der innere Zusammenhang zwischen dieser Entscheidung und der für die Stipulation erforderlichen Form nicht einleuchte. Aus der Nothwendigkeit von Frage und Antwort folgt nicht die Nothwendigkeit einer vom Fragenden verstandenen Antwort. Vgl. auch die von Regelsberger angeführte Stelle aus Merlin Répertoire s. m. Vente (t. XIV p. 308 der Ausgabe Paris 1815). „Je me trouve en présence d'un sourd, qui me dit: voulez-vous m'acheter telle chose, moyenant tel prix? Je lui réponds: je le veux bien; mais il ne m'entend pas, il me déclare ne m'avoir pas entendu, et il me prie de lui mettre par écrit la réponse qu'il

rungsrecht nicht erzeugt wird[9]. Geht der Antrag auf einen gegenseitigen Vertrag, so ist der Antragsteller verpflichtet, sobald die Annahme erklärt ist, dagegen der Erklärer der Annahme erst, wenn seine Erklärung an den Antragsteller gelangt ist[10]. Das Gesagte gilt aber

juge d'après le mouvement de mes lèvres lui avoir été faite par moi. Alors je prends une plume, et je lui trace ces mots: je vous ai dit, que je voulais bien, mais, toutes réflexions faites, votre proposition ne me convient pas. Cet homme pouvra-t-il prétendre, que par la réponse, que je conviens lui avoir faite de vive voix, je me suis lié irrévocablement envers lui? Non certainement; et s'il me poursuit, le juge le déboutera sans hésiter". An demselben Orte bildet Merlin noch ein anderes Beispiel: ein Antragsteller läßt sich Antwort geben durch ein Sprachrohr, welches so eigenthümlich eingerichtet ist, daß es den Schall erst nach einigen Minuten überbringt; der Antworter sagt in das Sprachrohr hinein Ja, aber ehe der Schall des Ja zum Antragsteller gelangt ist, nimmt er dasselbe auf gewöhnlichem Wege zurück.

[9] Die Unterscheidung zwischen der Annahme, welche eine Schuldnererklärung, und der Annahme, welche eine Gläubigererklärung enthält, ist nicht neu, und namentlich wird sie auch von Schott (S 77. 89) vertreten. Auch die Construction dieses Schriftstellers stimmt in ihrem Kern mit der hier aufgestellten überein (s. namentlich S. 87. 107), nur daß sie in einer wunderlichen Umhüllung auftritt (die Obligation werde durch die einseitige Schuldnererklärung zuerst objectiv gestaltet und dann bis an den den beiden Rechts- oder Willenssphären gemeinschaftlichen Grenzpunkt fortbewegt, wo sie dann von dem Willen des Gläubigers in dessen Rechtsbereich hineingezogen werde).

[10] Der Erklärer der Annahme ist, bis seine Erklärung an den Antragsteller gelangt ist, in der gleichen Lage, wie ein Geschlechtsunreifer, der einen zweiseitigen Vertrag abgeschlossen hat, oder ein Käufer auf Probe, und bleibt in der gleichen Lage, wenn seine Erklärung an den Antragsteller gar nicht gelangt. Daß deßwegen der Annehmende nicht Erfüllung des Vertrages verlangen kann, ohne seinerseits zu erfüllen, versteht sich von selbst. Vgl. § 321 Ziff. 4. 5. — Gerade für den gegenseitigen Vertrag hat die hier behandelte Streitfrage eine besondere Wichtigkeit, und gerade mit Rücksicht auf den gegenseitigen Vertrag ist sie vorzugsweise verhandelt worden. Die Unterscheidung aber zwischen den zwei Seiten des gegenseitigen Vertrages steht in der bisherigen Doctrin und Praxis fast ganz isolirt da. Beide sind darüber einig (vgl. nur Bluhme Encyclopädie II § 266. 267), daß die Gebundenheit beider Contrahenten mit demselben Zeitpunkt eintrete, und streiten bloß darüber, welches dieser Zeitpunkt sei. Dagegen halte ich mich nach wie vor überzeugt, daß gerade jene Unterscheidung am meisten geeignet sein möchte, die Lehre zu einem befriedigenden Abschluß zu führen. Gegengründe, denen ich Bedeutung beilegen könnte, sind mir nicht bekannt geworden. Man beruft sich auf das Wesen des gegenseitigen Vertrages, oder auf den Inhalt des Willens des Acceptirenden, oder auf die Billigkeit (Thöl nennt es „wider alle Ordnung", daß der Antragsteller früher gebunden werde, als der Annehmende). Aber daß das Wesen des gegenseitigen Vertrages einseitige Gebundenheit nicht zulasse, ist eben irrig (s. ob.). Der Wille des Annehmenden ist gewiß darauf gerichtet, selbst verpflichtet zu sein, wie der Andere verpflichtet sein soll: aber folgt daraus, daß, wenn er den ersten Erfolg nicht erreicht, er auch den zweiten nicht will? Die Ungleichheit seiner Rechtsstellung muß der Offerent als Consequenz des von ihm gewählten Weges des Vertragsschlusses hinnehmen; auf gleicher Erwägung beruht die Entscheidung der l. 17 § 1 l. 65 § 8 D. pro socio 17. 2. Jedenfalls hat auch das HGB. (Art. 319. 320) keinen Anstand ge-

nur für den Fall, wo die Annahme erklärt wird durch eine an den Antragsteller gerichtete Rede. Wird sie stillschweigend erklärt, so ist auch der Annehmende gebunden, sobald die Handlung vollendet ist, durch welche er seinen Annahmewillen an den Tag legt[11].

§ 307.

Das Zustandekommen des Vertrages nach gestelltem Vertragsantrag bez. nach erklärter Annahme kann gehindert werden:

1) durch Widerruf. Der Vertragsantrag kann widerrufen werden, bis die Annahme desselben von der Gegenseite erklärt worden ist[1]. Die Annahme kann widerrufen werden, bis die Erklärung derselben an den Antragsteller gelangt ist[2]. Daß die Erklärung des Widerrufs an den Gegner gelangt sei, ist in dem einen und dem andern Fall Voraussetzung der Wirksamkeit des Widerrufs nicht[3]. Jedoch

---

nommen, den Antragsteller früher gebunden sein zu lassen, als den Annehmenden: (der Annehmende soll haften erst mit dem Eingang der Annahmeerklärung bei dem Antragsteller, der Antragsteller freilich schon mit dem Eingang des Antrages bei dem Empfänger des Antrags, und also nicht auf Grund davon, daß zu Gunsten des Empfängers der Vertrag zu Stande gekommen sei, sondern auf Grund einer dem einseitigen Antrag beigelegten bindenden Kraft). Vgl. § 307 Note 6. (Die oben berichtete Aeußerung Thöl's bezieht sich nicht auf das gemeine Recht, sondern auf das HGB. Darauf geht wohl die Bemerkung Thöl's in der 5. Aufl. § 239 a. E. Ich habe es als selbstverständlich angenommen, daß Thöl seine Aeußerung auch für das gemeine Recht wahr zu halten gemeint ist.)

[11] So kommt der Leihvertrag für beide Theile zu Stande dadurch, daß das zum Lesen zugeschickte Buch gelesen (zum Lesen angenommen) wird, der Auftragsvertrag durch Ausführung des ertheilten Auftrags. Dagegen kommt der Kaufvertrag durch Absendung der bestellten Waare für den Verkäufer noch nicht zu Stande; er kann die abgesendete Waare noch zurückrufen, wie den abgesendeten Brief. Vgl. Seuff. Arch. XXXII. 28 (ROHG.), Entscheid. des RG. II S. 43, auch unten § 309 Note 1.

[1. 2] S. § 306 Note 6. § 307.

[3] Weil die Existenz der Widerrufserklärung nicht erst mit ihrem Gelangen an den Gegner beginnt. S. § 306 Note 5 und die daselbst citirten Stellen. Das Gegentheil wird weder durch l. 17 § 1 D. pro soc. 17. 2 bewiesen, noch viel weniger durch l. 15 D. mand. 17. 1, l. 12 § 2 D. de sol. 46. 3, l. 12 D. de SC. Mac. 14. 6 und ähnliche Stellen (vgl. Schott S. 170 fg., Kühn S. 48 fg.). Die zuletzt bezeichneten Stellen enthalten nur den Satz, daß derjenige, welcher durch einen Andern zum Handeln bestimmt worden ist, durch die ohne sein Wissen geschehene Rücknahme der bestimmenden Erklärung nicht zu Schaden kommen dürfe („ne damno afficiatur is qui suscipit mandatum“, l. 15 cit.), und wenn es in l. 17 § 1 D. pro soc. heißt, daß die Kündigung des Gesellschaftsvertrages gegen den andern Gesellschafter nicht eher wirke, bis er sie erfahren habe, so ist der Weg auch von diesem Satze bis zu dem Satze, daß der Widerruf einer auf Abschließung eines Vertrags gerichteten Willenserklärung gar nicht wirke, wenn der Gegner ihn nicht erfahren habe, d. h. daß trotz desselben der Vertrag zu Stande komme, noch ein sehr weiter. Abweichend freilich die herrschende Meinung, und so namentlich Wening-Ingenheim, Bekker, Regelsberger,

ist der Widerrufende verpflichtet, dem Gegner, welcher in Unkenntniß des Widerrufs sich darauf verlassen hat, daß ein Vertrag zu Stande gekommen sei[4], allen Nachtheil zu ersetzen, welchen der Gegner in Folge dieses Vertrauens erlitten hat[4a]. Er ist nicht verpflichtet zur Leistung des Erfüllungsinteresse, aber er ist verpflichtet zur Leistung des s. g. negativen Vertragsinteresse[5]. — Auf das Recht des Wider-

Emminghaus, Vangerow, Köppen, Schott (dessen Argument ist: der Widerruf könne die durch die Offerte objectiv gestaltete Obligation nur da treffen, wo dieselbe sich befinde [vgl. § 306 Note 9]), Dre chsler über den Schadensersatz bei nichtigen Verträgen (Würzburg 1873) S. 29. 64 fg. Anerkannt ist die hier vertretene Ansicht in den Urtheilen bei Seuff. Arch. VII. 16, VIII. 24, XIV. 15, XXVI. 229; dawider das. III. 310. Dawider auch HGB. Art. 320 Abs. 2. „Ebenso ist die Annahme für nicht geschehen zu erachten, wenn der Widerruf noch vor der Erklärung der Annahme oder zu gleicher Zeit mit derselben bei dem Antragsteller eingegangen ist". [Entscheid. des RG. XXIII S. 164 (= Seuff. Arch. XLV. 80).]

[4] Durch die Annahmeerklärung bez. durch den Empfang derselben.

[4a] Z. B. der Käufer hat in Aussicht auf den Kaufvertrag versäumt, für sein Bedürfniß anderweitig zu sorgen; der Verkäufer hat eine anderweitige vortheilhafte Verkaufsgelegenheit von der Hand gewiesen.

[5] Dieser, nicht einwandfreie, Ausdruck rührt von Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 16 fg. her. Der Begriff selbst findet sich schon bei Savigny III § 138. d, Mommsen Unmöglichkeit der Leistung S. 107. — Daß der Widerrufende zum Ersatz dieses Interesse wirklich verpflichtet sei, erkennen an: Thöl Handelsr. I § 57 Note 3b. 15. 6. Aufl. § 237 Note 8, Scheurl Jahrb. f. Dogm. II S. 273 fg., Ihering das. IV S. 24. 86 fg., Bekker Jahrb. des gem. Rechts II S. 364 fg., Vangerow § 603 Anm. 1 Nr. 5, Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. XIII S. 335, Pernice das. XXV S. 119 fg., während Mommsen Erörterungen II S. 134 (vgl. S. 50. 79. 80. 89. 105. 112. 129) eine Verpflichtung des Widerrufenden nur nach den Grundsätzen des Mandats zugestehen will und sie demnach auf den Ersatz desjenigen Schadens beschränkt, welcher durch eine von dem Antrag veranlaßte Thätigkeit des Empfängers des Antrags entstanden ist, im Besonderen auf Ersatz der von ihm zum Zweck der Ausführung des Vertrages gemachten Aufopferungen, und Kühn S. 58 fg. und Wächter II S. 359 jede Entschädigungspflicht leugnen. [Gegen die Entschädigungspflicht auch Dernburg § 10 Note 8 (10) a. E.] Was die Begründung der Entschädigungsverpflichtung angeht, so darf man den allgemeinen Satz aufstellen, daß jeder Vertragschließende einstehen muß für die nachtheiligen Folgen des durch seine Erklärung in dem Gegner erregten Vertrauens auf den Erwerb eines Forderungsrechts aus dem Vertrag, insofern dieser Erwerb durch einen Grund ausgeschlossen wird, welchen der Gegner nicht kennt und nicht zu kennen verpflichtet ist. Anerkannt ist dieser Satz in den Quellen für den Fall, wo Jemand etwas Unmögliches verspricht, — l. 8 § 1 D. de relig. 11. 7, l. 62 § 1 D. de contr. emt. 18. 1 [vgl. hierzu Gai. I. 190, l. 9. 44 D. de min. 4. 4], l. 8. 9 D. de H. v. A. V. 18. 4 (s. § 315 Note 7); die Gründe, aus welchen sich Sintenis (II § 96 Anm. 18a) der Verallgemeinerung der in diesen Stellen enthaltenen Entscheidungen widersetzt, sind nicht genügend. (Vgl. Bernhöft Jahrb. f. Dogm. XIV S. 143 fg.) Die römische Form dieser Verpflichtung war actio in factum (l. 8 § 1 cit.); wenn es wenigstens äußerlich zum Abschluß eines Vertrages gekommen war, führte auch die Formel der betreffenden Contractsklage zum Ziel (l. 62 § 1 l. 8 citt.). Den inneren Grund dieses Satzes sucht

rufs kann wirksam verzichtet werden; ist das geschehen, so haftet der dennoch Widerrufende, wie wenn er nicht widerrufen hätte, also auf das Erfüllungsinteresse[6]. Doch liegt ein solcher Verzicht nicht ohne

---

Ihering in einer den Erklärenden treffenden Verschuldung. Ihering (dem in Allem folgt Vangerow I § 109 in der 7. Aufl., s. aber auch III § 603 Anm. 1 Nr. 5, vgl. noch Seuff. Arch. XXI. 29) lehrt, es sei jeder Vertragschließende bei dem Abschlusse des Vertrages in der nämlichen Weise verbunden, jede culpa zu vermeiden (s. g. culpa in contrahendo), wie er dazu nach Abschluß des Vertrages verbunden sei. Ich glaube nicht, daß dieser Gesichtspunkt ausreicht (s. § 315 Note 7, auch unten in diesem § Note 10, § 309 Note 6, und jetzt Ihering selbst: das Schuldmoment im röm. Privatr. S. 38 Note 73), wenn er auch in dem gerade hier zur Frage stehenden Fall nicht abzuweisen sein möchte (Ihering S. 88); in l. 34 D. de dolo 4. 3, l. 16 § 1 D. de praescr. verb. 19. 5, wird für einen analogen Fall sogar actio doli gegeben. Aber die actio doli leistet nicht, was das Bedürfniß des Verkehrs verlangt, wegen ihrer beschränkten Vererblichkeit. Gegen die culpa in contrahendo in ausführlicher Darstellung Mommsen Erörterungen II S. 1 fg. Vgl. Bekker krit. VJSchr. XXII S. 56 fg. Ich selbst habe in den früheren Ausgaben den aufgestellten Satz auf eine stillschweigende Garantieübernahme zurückgeführt. Hiergegen haben sich Andere erklärt (zuletzt Regelsberger in Endemann's Handbuch f. Handelsr. II S. 414 Note 8, der früher, Erörterungen S. 33, zugestimmt hatte), und auch ich möchte jetzt für diese Construction nicht mehr eintreten (Goldschmidt a. a. O.: sie ist denkbar, aber entbehrlich). Die Entschädigungspflicht des Urhebers der Willenserklärung beruht nicht auf seinem Willen, sondern das Recht legt sie ihm ohne seinen Willen auf. Das Recht ist es, welches will, daß der Empfänger einer Willenserklärung sich darauf muß verlassen können, daß auf sie ein Vertrag durch Annahme entstehen könne bez. daß durch sie ein Vertrag zu Stande gekommen sei. In diesem Sinne stellen auch Thöl und Goldschmidt a. a. OO. für die von ihnen behandelten Fälle einfach auf die bona fides ab; ebenso Bekker a. a. O. („Unbilligkeit"). Ferner Bechmann Kauf II S. 434. [Eisele Jahrb. f. Dogm. XXV S. 473.] Scheurl a. a. O. construirt die Entschädigungspflicht des Widerrufenden auf Grund der actio mandati; dagegen Bekker a. a. O.), Pernice a. a. O. sieht sie als eine Strafe dafür an, daß er sich untreu geworden sei. S. noch Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 326, welcher an eine actio iniuriarum denkt. Schott nimmt (S. 95 fg.) einen durch die Acceptation des Vertragsantrags zu Stande kommenden einseitigen „Interimsvertrag" auf Abschluß des gegenseitigen Vertrages, und damit Verpflichtung des Widerrufenden zur Leistung des Erfüllungsinteresse an. — Gegen die Kategorie des negativen Vertragsinteresse überhaupt Bähr Jahrb. für Dogm. XIV S. 422 fg. (vgl. VI S. 305. 306, [Bekker krit. VJSchr. XXII S. 56. 57, Kohler Jahrb. f. Dogm. XXVIII S. 226 fg.]; für dieselbe Mommsen Erörter. II S. 52 fg., [Eisele Jahrb. f. Dogm. XXV S. 501 fg., Enneccerus Rechtsgeschäft ꝛc. S. 501 fg., Unger Grünhut's Zeitschr. XV S. 678 fg.]. — Für die Folgen von Handlungen aufzukommen, welche derjenige, welchem der Vertrag angeboten worden ist, im Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages vor der eigenen Annahme vorgenommen hat, ist der Widerrufende nicht verpflichtet (Ihering S. 43. 89). Jener hätte nicht handeln sollen, ohne das Seinige zum Abschluß des Vertrages zu thun.

[6] Der Verzicht kann zwar zurückgenommen werden, bis er von der anderen Seite angenommen worden und dadurch der Verzichtvertrag zu Stande gekommen ist; aber die Annahme wird erklärt durch Nichtablehnung (Willenserklärung durch Stillschweigen). Vgl. Vangerow § 603 Anm. 1 Nr. 6. Die Construction ist

Weiteres in der einem Vertragsantrage hinzugefügten Bezeichnung einer Frist, binnen welcher der Antrag für den Antragssteller verbindlich sein solle; der Sinn einer solchen Bezeichnung kann auch sehr wohl der sein, daß der Antrag nur binnen der gesetzten Frist solle acceptirt werden können[7]. Die Meinung, daß der Vertragsantrag kraft seiner Natur, als einseitiges Versprechen, unwiderruflich sei, ist nicht begründet[7a].

näher die, daß in dem Verzicht auf den Widerruf die Verpflichtung übernommen wird, die abgegebene Willenserklärung trotz des Widerrufs gegen sich gelten zu lassen, sich so behandeln zu lassen, als wenn sie nicht widerrufen worden wäre. Vgl. Brinz 1. Aufl. S. 1580, Regelsberger in Endemann's Handbuch des Handelsr. II S. 433, Bechmann Kauf II S. 279 fg. (theilweise abweichend).

[7] Vgl. Regelsberger Erörter. S. 73. Endemann's Handb. II S. 431 fg. Vangerow Nr. 6, Brinz 1. Aufl. S. 1582. Seuff. Arch. XXVI. 228. — Regelsberger Erörter. S. 70 fg. behauptet, in jedem Vertragsantrage, welcher für den Gegner die Ermächtigung zur sofortigen Ausführung enthalte (so auch Vangerow Nr. 7), so wie in dem kaufmännischen Vertragsantrag ohne Ausnahme, liege ein stillschweigender Widerrufsverzicht. Regelsberger will durch diese Annahme den Empfänger eines Vertragsantrages gegen die Nachtheile schützen, welchen derselbe nach der von Regelsberger aufgestellten Theorie über das Zustandekommen des Vertrags unterliegt. Aber nach eben dieser Theorie muß ja auch die Annahme des Widerrufsverzichtes in das Bewußtsein des Antragstellers gelangt sein, damit der Verzichtvertrag zu Stande gekommen sei; und wenn hierauf Regelsberger antwortet, die Annahme des Verzichtes werde mit Sicherheit erwartet, so liegt auf der Hand, wie sehr er damit jenes Erforderniß des Bewußtseins von der Annahme abschwächt: an die Stelle des Bewußtseins davon, daß die Annahme erfolgt sei, tritt hier ein Nichtbezweifeln, daß sie erfolgt sein werde. Will man aber auch hierüber hinwegsehen, so bleibt immer noch die Hauptfrage, ob denn in der That ein solcher stillschweigender Widerrufsverzicht von Seiten des Antragstellers angenommen werden dürfe. Regelsberger nimmt in dieser Beziehung für das kaufmännische Angebot ein Gewohnheitsrecht in Anspruch. Das mag dahin gestellt bleiben, jedenfalls ist für das kaufmännische Angebot die Frage durch das HGB. erledigt (s. unten); aber für Angebote anderer Art scheint mir jene Annahme zum Mindesten äußerst bedenklich. Ueberdieß zieht Regelsberger den Vortheil, welchen er von ihr gewinnen will, zum großen Theil selbst wieder zurück. Denn er will mit derselben den Empfänger des Antrags gegen den Beweis schützen, welchen dieser bei der Forderung des s. g. negativen Vertragsinteresse zu führen hat; und doch erklärt Regelsberger den Widerruf nur insofern für unwirksam, „als zur Zeit seiner Ankunft beim Anerbotenen der Vertrag bereits erfüllt oder die Verfügung zur Erfüllung in bindender Weise getroffen war".

[7a] Diese Meinung ist aufgestellt worden von Köppen in dem § 306 bei * bezeichneten Aufsatz. Als Beweis wird beigebracht die Behauptung, daß die Verbindlichkeit des (einseitigen) Versprechens „eine Consequenz des Begriffs" sei (S. 350), und die Verweisung auf den Kauf si voluerim und durch einen impubes — im ersten Fall werde das Verkaufsversprechen gar nicht, im zweiten Fall nicht gültig acceptirt, weil es nur durch das Versprechen des Kaufs acceptirt werden könne (S. 336 fg.). Wirklich nur dadurch? Auch wenn der Verkäufer damit zufrieden ist, daß es nicht durch dieses Versprechen acceptirt werde? Und s. l. 34 § 3 D. de contr. emt. 18. 1 und unten § 321 Ziff. 4. 5. Gegen Köppen

2. [8]Ein Vertrag kommt durch die Annahmeerklärung auch dann nicht zu Stande, wenn zur Zeit der Abgabe derselben der Antragsteller bereits gestorben ist[9]; jedoch sind dessen Erben dem Annehmenden, der in Unkenntniß des inzwischen erfolgten Todes angenommen hat, zum Schadensersatz (Ersatz des negativen Vertragsinteresse) ver-

---

Sohm S. 372 fg., Schott S. 210 fg., Wendt Reurecht und Gebundenheit Heft 2. S. 9 fg., Seuff. Arch. XXXIII. 61 a. E. Dagegen neuerdings für die Unwiderruflichkeit Leonhard Irrthum S. 124 fg. auf Grund der I § 75 Note 1a a. E. bezeichneten Auffassung, [Bekker II S. 89: wegen des „praktischen Interesse"]. — Anerkannt ist die verbindende Kraft des Vertragsantrages als solchen im HGB. Art. 319 („bis zu dem Zeitpunkt, in welchem [der Antragende] bei ordnungsmäßiger, rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten darf"); ebenso schon vorher A. L. R. I. 5 § 103 und Oesterr. Gesetzb. § 862 (mit theilweise abweichender Begrenzung der Frist). Siegel das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen R. S. 53 fg. sieht darin den Ausdruck eines dem deutschen Recht eigenthümlichen Zuges (vgl. § 304 Note 12); ebenso Dernburg Preuß. Privatr. I S. 199. Ich weiß nicht, ob nicht diese Bestimmungen weit eher aus der rein praktischen Rücksicht hervorgegangen sind, den Empfänger gegen Schaden zu schützen. Daß sie gerecht seien, glaube ich trotz alle Dem, was man dafür gesagt hat, auch jetzt nicht. Die Gerechtigkeit spricht m. E. dem Empfänger des Antrags nach geschehenem Widerruf nur einen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse, nicht aber auf das Erfüllungsinteresse, und nur dann, wenn er selbst angenommen hat, zu. Wer weiß, ob nicht, wenn zur Zeit des Erlasses jener Bestimmungen der Begriff des negativen Vertragsinteresse schon so deutlich erkannt gewesen wäre, wie er es jetzt ist, sie nicht anders gefaßt worden sein würden? Uebereinstimmend Pernice Zeitschr. f. Handelsr. XXV S. 121.

[8] Scheurl Jahrb. S. 265—267, Bekker S. 370—380, Ihering S. 91—93, Regelsberger Erörter. S. 98—122, Vangerow Nr. 8, Schott S. 200 fg., Köppen S. 307 fg. 357. 366. 377.

[9] Auf den Erben gehen über fertige Rechtsverhältnisse. Auch die Aussicht auf ein künftiges Rechtsverhältniß, wenn dieser Aussicht eine Gebundenheit der andern Seite entspricht, kann, wie diese Gebundenheit selbst, auf den Erben übergehen (s. I § 89 Note 6), obgleich dieß nicht nothwendig ist, s. l. 18. D. comm. praed. 8. 4. Aber von einem Eintreten des Erben in Willenserklärungen, durch welche noch gar keine Gebundenheit begründet worden ist, weiß das römische Recht nichts. So erlischt namentlich die Vollmacht durch den Tod des Vollmachtgebers, l. 41 D. de R. C. 12. 1, l. 2 § 6 D. de don. 39. 5, l. 33 de A. v. O. P. 41. 2. Seuff. Arch. XIV. 15, XXXI. 22. A. M. Schott a. a. O. auf Grund seiner Ansicht, daß die einseitige Schuldnererklärung bereits die Obligation in ihrem objectiven Bestande schaffe (§ 306 Note 9, § 307 Note 3), natürlich auch Köppen (Note 7a). A. M. früher auch Regelsberger unter Berufung auf l. 33 D. de poss. 41. 2, in welcher Stelle er den Ansatz zu einer freieren Entwickelung des römischen Rechts sah; jetzt zweifelnd Endemann's Handb. des Handelsr. II S. 442 Note 34. Vgl. Vangerow S. 254, Marsson S. 73, Mitteis Stellvertretung S. 199 Note 248. Gesetzlich anerkannt ist das Nichterlöschen des Antrags durch den Tod des Antragstellers im HGB. Art. 297. „Ein Antrag, ein Auftrag oder eine Vollmacht, welche von einem Kaufmann in dem Handelsgewerbe ausgegangen ist, werden durch seinen Tod nicht aufgehoben, sofern nicht eine entgegengesetzte Willensmeinung aus seiner Erklärung oder aus den Umständen hervorgeht".

pflichtet[10]. Stirbt der Antragsteller nach Abgabe, aber vor Eingang, der Annahmeerklärung, so sind seine Erben aus der Annahmeerklärung gebunden, aber nicht berechtigt[11]. Umgekehrt sind, wenn der Annehmende vor Eingang der Annahmeerklärung beim Antragsteller stirbt, dessen Erben zwar berechtigt, aber nicht gebunden, jedenfalls jedoch zum Schadensersatz verpflichtet[11].

3. Dem Tode steht gleich eintretende Handlungsunfähigkeit einer der Parteien[12].

4. Schlechthin wirkungslos, so daß auch kein Entschädigungsanspruch für den Annehmenden entsteht, ist die verspätete Annahme. Verspätet ist die Annahme, welche nach der von dem Erklärenden in seiner Erklärung für die Annahme gesetzten Frist erfolgt[13]. Aber auch wenn eine Frist nicht ausdrücklich gesetzt ist, ist eine solche als stillschweigend gewollt anzusehen[13a]; wo die Grenze ist, hat im einzelnen Fall der Richter zu bestimmen[14].

5. Eine bedingte oder sonst beschränkte Annahme ist keine Annahme, enthält aber einen neuen Antrag[15].

---

[10] Vgl. § 10 I. de mand. 3. 26, l. 26 pr. D. mand. 17. 1, l. 19 § 3 D. de don. 39. 5 in Verbindung mit dem in Note 5 Gesagten. Gegen den Entschädigungsanspruch Bekker, und wohl auch, obgleich er es nicht ausdrücklich sagt, Scheurl. Für den Entschädigungsanspruch mit Entschiedenheit Ihering, obgleich derselbe zugibt, daß dieser Fall unter den Gesichtspunkt der culpa (Note 5) nur durch „die gewaltsamste Anstrengung" gebracht werden könne. Für den Entschädigungsanspruch auch, und zwar nach dem hier aufgestellten Gesichtspunkt, eventuell Regelsberger.

[11] Nach dem in § 306 und in der vorigen Note Gesagten.

[12] Vgl. l. 48 D. de A. v. O. H. 29. 2, l. 8 § 2 D. de opt. leg. 33. 5. Scheurl Jahrb. S. 267—269, Bekker S. 380, Regelsberger S. 122 fg., Vangerow Nr. 9. A. M. Schott und Köppen an den in Note 8 genannten Orten, und jetzt auch Regelsberger in Endemann's Handb. II S. 443.

[13] Vgl. hierzu Regelsberger Erörter. S. 78 fg. Handbuch II S. 430 fg.

[13a] Niemand macht ein Vertragsanerbieten für immer.

[14] Scheurl Jahrb. S. 260. 276 fg., Thöl Handelsr. I § 57 Nr. 2 (6. Aufl. § 237 Nr. 2). Regelsberger Erörter. S. 65 fg. Handb. II S. 433 fg., Schott S. 189 fg. Seuff. Arch. II. 17, VI. 168, XVI. 30, XVII. 20, XXV. 99, XXXIII. 211, XXXIV. 284. — Das HGB. (Art. 318. 319) verlangt auf einen Antrag unter Gegenwärtigen sofortige Antwort, während es die Kraft eines unter Abwesenden gestellten Antrags mit dem Zeitpunkt erlöschen läßt, zu welchem der Antragende „bei ordnungsmäßiger, rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten darf", mit der Maßgabe jedoch, daß das verspätete Eintreffen der rechtzeitig abgesandten Antwort dann nicht schaden soll, wenn der Antragende nicht von seinem Rücktritte inzwischen Nachricht gegeben hat, oder sofort nach dem Eintreffen der Antwort Nachricht gibt.

[15] L. 1 § 3 D. de V. O. 45. 1. Regelsberger Erörter. S. 91 fg. Handbuch II S. 452 fg. HGB. Art. 322. „Eine Annahme unter Bedingungen oder Einschränkungen gilt als „Ablehnung des Antrags verbunden mit einem neuen Antrage". Vgl. Seuff. Arch. XXXII. 29.

§ 308.

Der Vertragsantrag braucht nicht nothwendig an eine bestimmte, d. h. eine individuell bestimmte, er kann auch an eine unbestimmte, d. h. eine nur nach einem Merkmal oder nach Merkmalen bestimmte Person gerichtet werden. Hierher gehört

1) die Auslobung[1], d. h. das öffentliche Versprechen einer Leistung an denjenigen, welcher seinerseits irgendwie thätig werden wird[2]. Der Auslobende wird nicht schon durch sein Versprechen verpflichtet, sondern erst durch die Annahme desselben[3], die Annahme aber kann

---

[1] G. Ph. von Bülow Abhandlungen über einzelne Materien des römischen bürgerlichen Rechts I Nr. 11 (1817). Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 93—106 (1861). Schütze Jahrb. d. gem. R. V S. 33 fg. (1862). Kuntze zu Holzschuher III S. 297—302 (1864). Regelsberger civilrechtl. Erörterungen S. 196—227 (1868). Vangerow 7. Aufl. III § 603 Anm. 2 (1869). Exner krit. VJSchr. XI S. 337 fg. (1869). K. Tzschirner D. de indole ac natura promissionis popularis „Auslobung" quam vocant. Berol. 1869 (gut, namentlich werthvoll durch dogmengeschichtliche Nachweisungen). Schott der obligatorische Vertrag unter Abwesenden S. 140—148 (1873). Siegel das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen R. S. 91—108 (1873). Sintenis II § 96 Note 58. Vgl. auch die Bemerkungen von Hofmann in seiner Schrift über die Entstehungsgründe der Obligation (Wien 1874) S. 38 fg. [Hasenöhrl Oesterr. Obligationenrecht II § 57.] § 308.

[2] Z. B. einen verlorenen Gegenstand zurückbringen, die beste Abhandlung über eine bezeichnete Frage einliefern, die erste Kanone erobern wird. Beispiele aus dem Alterthum bei Tzschirner p. 22 sq., Bruns fontes iuris p. 140 [ed. 5ª p. 273].

[3] Diese Auffassung der Auslobung theilen Bülow, Ihering, Schütze, Regelsberger, Vangerow, Exner, Tzschirner, Schott, auch Unterholzner I S. 53, Pernice Zeitschr. f. Handelsr. XX S. 294 fg. Andere stellen die Auslobung mit der Pollicitation zusammen und betrachten sie demnach als einseitiges Rechtsgeschäft, so Kuntze, Siegel, außerdem Puchta § 259 Note 4, Arndts § 241 Nr. 3, Brinz S. 1549, Unger in Grünhut's Zeitschr. I S. 370, Karlowa das Rechtsgeschäft S. 274 fg., Stobbe III S. 102. [Hasenöhrl a. a. O, Dernburg II S. 24]. Auch Sintenis II § 96 zu und in Anm. 58 gehört hierher, obgleich er andererseits wieder davon spricht, daß in der vorgeschriebenen Thätigkeit eine Acceptation liege. Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 389 fg. erklärt die Auslobung zwar nur für ein Vertragsanerbieten, aber dennoch für verpflichtend (vgl. § 307 Note 7a), obgleich nicht für unwiderruflich. — Ich halte die Sache nicht für unzweifelhaft, bin aber der Meinung, daß es vorsichtiger ist, bei der Vertragstheorie stehen zu bleiben. Die Analogie der römischen praepositio institoris und magistri navis (§ 304 Ziff. 3) ist nicht entscheidend; der Fall ist ein anderer: hier wird demjenigen versprochen, welcher einer bezeichneten Person Credit geben wird, bei der Auslobung demjenigen, welcher eine gewisse Leistung erbringen wird. Wollte man in der römischen Vorschrift den Ausdruck eines Princips sehen, so müßte man eben auch alle öffentlichen Versprechen ohne Acceptation für verpflichtend erklären (z. B. einem jeden Invaliden, der weniger als einen gewissen Betrag als Pension bezieht, die Differenz nachzahlen zu wollen) — und das halte ich für zu gewagt, um so mehr, als man ja dann diesen Satz schon für das römische Recht vertheidigen

nach dem Sinn der Auslobung nur erfolgen durch Thätigwerden in der vorgeschriebenen Weise[4] oder durch ausdrückliche Erklärung auf Grund des Thätiggewordenseins[5]. Bis zur Annahme steht dem Ver-

müßte. Eine feste Uebung, durch welche die Auslobung als verpflichtend ohne Acceptation anerkannt wäre, wird sich nicht nachweisen lassen. Dem Bedürfniß des Lebens läßt sich auch mit der Vertragstheorie gerecht werden — obgleich zugestanden werden mag, daß dieß mit der Theorie des einseitigen Rechtsgeschäfts leichter ist, und daß für die Gesetzgebung kaum ein Hinderniß vorhanden sein möchte, die Auslobung als einseitiges verpflichtendes Rechtsgeschäft anzuerkennen. — Savigny Obl. II S. 90 fg., welcher sich zur Vertragstheorie bekennt, steht insofern ganz allein, als er behauptet, daß die Auslobung weder nach römischem noch nach heutigem Recht ein Forderungsrecht erzeuge. Allerdings läßt sich ein solches aus dem römischen Recht nicht direct nachweisen (über die Stellen, welche man hierher zu ziehen versucht hat oder ziehen könnte, namentlich l. 15 D. de praescr. verb. 19. 5, s. Schütze S. 56—61, Tzschirner p. 91 sq.). Doch spricht für die Gültigkeit eines Vertragsanerbietens in incertam personam die Analogie des iactus missilium und der letztwilligen Verfügung zu Gunsten einer incerta persona (I § 172 Note 11, § 27 I. de leg. 2. 20, vgl. Tzschirner p. 81 sq., Sohm Zeitschr. f. Handelsr. XVII S. 56 fg.), und jedenfalls wird die acceptirte Auslobung in der Uebung so sehr als rechtsverbindlich anerkannt, daß man hierfür füglich ein Gewohnheitsrecht annehmen kann. S. auch Seuff. Arch. IX. 275, und vgl. das. XI. 217. Zweifelnd Mommsen Erörterungen II S. 136 fg.

[4] Wie ist es, wenn Mehrere zu gleicher Zeit oder wenn Mehrere durch gemeinschaftliche Thätigkeit die geforderte Leistung beschaffen? Regelsberger S. 209—211, Vangerow Nr. 6, Exner S. 351.

[5] Uebereinstimmend Regelsberger S. 211 fg. Andere sind anderer Meinung. a) Die herrschende Meinung geht dahin, daß die Annahme nur durch Thätigwerden (oder den Beginn des Thätigwerdens, s. Note 7) auf Grund der Auslobung geschehen könne, und so habe auch ich in früheren Auflagen dieses Lehrbuchs gelehrt. Aber hiernach würde Derjenige einen Anspruch auf die ausgesetzte Belohnung nicht haben, welcher ohne Kenntniß der Auslobung thätig geworden ist, und ich glaube nicht, daß die Rechtsprechung sich jemals wird entschließen können, diesen Satz anzuerkennen. b) Schott a. a. O. läßt die Annahme geschehen nicht durch die verlangte Thätigkeit, die also nicht mit Rücksicht auf die Auslobung stattgefunden zu haben brauche, sondern durch „die Uebermittelung des Thätigkeitsresultates an den Auslobenden". Aber eine solche Uebermittelung wird durch die Auslobung nicht immer verlangt (z. B. Prämie auf die Eroberung der ersten Kanone). Kohler Jahrb. f. Dogm. XVII S. 323 (vgl. auch Leonhard Irrthum S. 127 Note 2) gibt dem Leistenden einen Anspruch auf das in der Auslobung Versprochene, auch wenn er ohne Bewußtsein von der Auslobung thätig geworden ist. Diese Ansicht ist nur haltbar auf dem Standpunkt des einseitigen Versprechens (Note 3). c) Im geraden Gegensatz zur herrschenden Meinung nimmt Exner an, daß die Acceptation durch Erbringung der verlangten Leistung gar nicht, sondern nur nach Erbringung durch directe Willensäußerung geschehen könne. Hiernach wäre auch nach der zum Zweck des Verdienens der ausgesetzten Belohnung gemachten Leistung Widerruf der Auslobung zulässig. Ich sehe darin eine unnöthige Verletzung des Rechtsgefühls. d) Nach Bülow und Tzschirner kann die Annahme durch ausdrückliche Erklärung nicht bloß nach, sondern auch vor erbrachter Leistung geschehen. Das entspricht nicht dem Sinn des Auslobers. Er will verpflichtet sein dem Leistenden,

sprechenden der Rücktritt frei[6]; hat aber Jemand mit der vorgeschriebenen Thätigkeit bereits begonnen und dabei eine Aufopferung gemacht, so muß ihm der Rücktretende dieselbe ersetzen[7]. Wie der Rücktritt wirkt nach der einen und der anderen Seite der Tod des Auslobenden und der Verlust seiner Handlungsfähigkeit[8]. Unverbindlich ist die Auslobung, wenn in derselben erkennbar hervortritt, daß ihr ein wirklicher Verpflichtungswille nicht zu Grunde liegt[9], so wie die

---

aber er will nicht verpflichtet sein dem Nichtleistenden unter der Bedingung der Leistung. Vgl. auch Sohm Zeitschr. f. Handelsr. XVII S. 46 fg.

[6] Die Theorie des einseitigen Rechtsgeschäfts scheint Unwiderruflichkeit der Auslobung von Anfang an annehmen zu müssen, und so lehren wirklich Kuntze und Siegel, Ersterer jedoch mit der Modification, daß es der Erwägung vorbehalten bleibe, ob nicht einzelne Ausnahmen zu statuiren seien. Wäre diese Consequenz nothwendig, so würde sie m. E. der Theorie des einseitigen Geschäfts ebenso verderblich sein, wie der Vertragstheorie verderblich sein würde die Unmöglichkeit, mit ihr die Forderungsberechtigung Desjenigen in Einklang zu bringen, welcher ohne Kenntniß der Auslobung thätig geworden ist. Aber jene Consequenz ist nicht nothwendig. Es ist hier das am Schluß der vorigen Note Gesagte zu wiederholen. Der Auslobende will keinem Andern als dem Erbringer der geforderten Leistung verpflichtet sein, und vor der Erbringung überhaupt nicht. S. auch Brinz S. 1549, Unger in Grünhut's Zeitschr. I S. 370 unt.

[7] Nach dem in § 307 bezeichneten Grundsatz. Auch hier bestimmt die Erklärung den Gegner zu einem der Wirklichkeit nicht entsprechenden Vertrauen und bringt ihn dadurch in Nachtheil, nur ist das Vertrauen hier gerichtet nicht auf das Zustandegekommensein, sondern auf das Zustandekommenwerden oder Zustandekommenkönnen des Vertrages. Behauptet der Erklärende, daß der Gegner ohnehin den Preis nicht gewonnen, also auch bei Nichtzurücknahme der Auslobung seine Aufopferung unnütz gemacht haben würde, so liegt ihm der Beweis ob; der Arbeitende stützt seinen Anspruch nicht darauf, daß er den Preis gewonnen haben würde, sondern darauf, daß ihm die Möglichkeit des Gewinnens abgeschnitten worden ist. Regelsberger (S. 220), welcher diese Vertheilung der Beweislast nicht anerkennen will, entnimmt daraus ein Argument gegen die ganze Construction. Er selbst (ebenso Vangerow Nr. 4) erklärt den Widerruf der Auslobung für unwirksam, sobald mit der Ausführung der geforderten Leistung begonnen worden sei, indem er auch hier, wie bei dem Vertragsantrag an einen Abwesenden, einen stillschweigenden Verzicht auf den Widerruf annimmt. Mir scheint diese Annahme hier noch weniger Grund zu haben, als dort. Andere sehen in dem Beginn der Ausführung bereits die Acceptation, und lassen also mit derselben den Vertrag sofort zu Stande kommen; s. v. Bülow, Puchta, Arndts, Sintenis. Einen Schadensersatzanspruch nehmen an Savigny, Schütze, Schott, Ihering, Tzschirner, Exner, die drei Ersten nach dem Recht der actio doli, die beiden Folgenden unter Verwerthung des Begriffs der culpa in contrahendo (§ 307 Note 5), Exner wie hier. Mommsen Erörter. II S. 138 fg.: actio doli und actio mandati.

[8] S. § 307 Ziff. 2. 3.

[9] Dieser Satz ist im Princip ebenso feststehend, wie seine Anwendung im einzelnen Fall schwierig. Aber man denke an die Marktschreiereien, mit welchen oft bedeutende Belohnungen demjenigen versprochen werden, welcher die Ungenügenheit irgend einer Waare nachweisen werde. Jedenfalls aber geht Schütze

Auslobung, welche zu unerlaubten Zwecken gemacht wird[9a]. — Ferner kann hierher gehören

2) die Versteigerung[10]. Die Versteigerung gehört dann hierher, wenn sie in dem Sinne erfolgt, daß der Versteigerer durch jedes erfolgende Gebot gebunden sein will. In diesem Fall ist sie ein Vertragsantrag an denjenigen, welcher die besten Bedingungen stellen wird, den Meistbietenden oder Wenigstfordernden. Durch jedes Gebot kommt ein Vertrag mit dem Versteigerer zu Stande[11], aber ein Ver-

(S. 46 fg.) zu weit, wenn er die Behauptung aufstellt, daß in allen Fällen die Auslobung als nicht ernstlich gemeint anzusehen sei, in welchen der Auslobende an der Erfüllung der gestellten Bedingung kein Interesse habe (dawider Jhering S. 99), oder in welchen die gestellte Bedingung von mehreren Personen nacheinander erfüllt werden könne. S. auch Kuntze a. a. O. S. 301—302. Regelsberger S. 205 fg. erklärt jede Auslobung für unverbindlich, bei welcher der Auslobende ein Interesse an der Nichterfüllung habe, jedoch nicht aus dem Grunde des Mangels der Willensernstlichkeit, sondern weil ein solches Versprechen nicht sowohl Auslobung als vielmehr einseitige Wette, die einseitige Wette aber von gemeinem Rechte nicht anerkannt sei. Ich halte das nicht für richtig (vgl. § 420 Note 4), jedenfalls ist der Entscheidungsgrund des Urtheils bei Seuff. Arch. XVI. 217, auf welches sich Regelsberger beruft, Mangel der Willensernstlichkeit. Im Resultat mit Regelsberger übereinstimmend Vangerow Nr. 7; wie hier Exner S. 338 fg., Tzschirner p. 130.

[9a] Durch Vollziehung der gemachten Leistung betheiligt sich derjenige, welcher Gläubiger werden will, an der Unerlaubtheit. Vgl. § 314 Ziff. 3 und Karlowa Rechtsgeschäft S. 274 fg. Dieser Schriftsteller erklärt ferner für ungültig „Auslobungen, die nur zur Befriedigung der Frivolität, individueller Launen und Grillen" gemacht werden. Mir ist das nicht unzweifelhaft. Gewiß ist der Satz aufzustellen, daß ein Interesse nicht rechtlich geschützt werden soll, welches für den ernsthaften Menschen keines ist (vgl. § 314 Ziff. 4); aber geschieht dieß, indem man Jemanden für die Befriedigung eines nicht ernsthaften Interesse bezahlen läßt?

[10] E. A. Seuffert de auctione (Habilitationsschrift, 1854). Kindervater Jahrb. f. Dogm. VII S. 1 fg. (1865); dazu Jhering das. S. 166 fg.; Antwort Kindervater's S. 356 fg.; Replik Jhering's S. 376 fg. Unger das. VIII S. 134 fg. (1866). Regelsberger in der vor § 305 citirten Schrift S. 162—195. Vangerow 7. Aufl. III § 636. Reuling Jahrb. f. Dogm. X S. 355 fg. (1871). Unterholzner I S. 54, Puchta § 252 und Vorl. dazu, Arndts § 231 Anm. 4, Sintenis II S. 252—257, Keller S. 443—444, Brinz 1. Aufl. § 365, Wächter II S. 462 fg., Stobbe III § 169, Thöl Handelsr. 6. Aufl. I § 245.

[11] Der Versteigerer erklärt durch die Versteigerung, daß er den Meistbietenden ꝛc., also zunächst jeden Bietenden, als Gläubiger annehmen wolle. Durch jedes Gebot wird dieser Wille acceptirt. — Jhering a. a. O. leugnet die juristische Möglichkeit des Zustandekommens eines Vertrages in dieser Weise. Die Praxis habe die Gültigkeit des Vertragsanerbietens in incertam personam eben nur bei der Auslobung anerkannt, sonst nicht. Ich bin anderer Ansicht. Nach meiner Meinung muß die Gültigkeit des Vertragsanerbietens in incertam personam schon im Sinne des römischen Rechts behauptet werden (s. Note 3 a. E.), und jedenfalls hat die Praxis bei der Auslobung ein Princip anerkannt, welches wir

trag unter der, im Zweifel aufschiebenden[12], Bedingung, daß nicht von einem Andern ein besseres Gebot geschehen sollte. Jedes bessere Gebot begründet also den Ausfall der Bedingung des vorher abgeschlossenen Vertrages[13], und der definitive Vertrag kommt erst durch das letzte Gebot zu Stande[14]. — Es kann aber der Sinn der Versteigerung auch der sein, daß der Versteigerer keinem der Bieter gebunden sein will. In diesem Falle ist die Versteigerung nicht Vertragsantrag an eine unbestimmte Person, sondern Einladung an das

---

auch in anderen Fällen, in welchen die Ernstlichkeit des Vertragsanerbietens ebenso unzweifelhaft ist, wie bei der Auslobung, zu verwerthen wohl befugt sind. Und ich glaube nicht, daß ein deutsches Gericht aus theoretischen Gründen dem Versteigerer die Befugniß zum Rücktritt zugestehen würde troß seiner unzweifelhaften Erklärung, gebunden sein zu wollen. Ich erinnere mich, Fischversteigerungen zugesehen zu haben, bei welchen der Versteigerer die Preise von oben nach unten ausrief, immer hinabsteigend, bis einer der Anwesenden „Mein" rief; würde Ihering auch für einen solchen Fall der Meinung sein, daß das Zustandekommen des Vertrages noch eine neue, in die Willkür des Verkäufers gegebene, Willenserklärung voraussetze? Aus der bei uns gebräuchlichen Art der Versteigerung entnimmt Ihering noch einen zweiten Grund für die Unverbindlichkeit der in der Versteigerung enthaltenen Proposition, daß nämlich diese Proposition keinen bestimmten Preis nenne. Ich halte auch diesen Grund nicht für stichhaltig. Die Offerte ist unverbindlich, wenn sie die Bestimmung des Preises von der Willkür des Offerenten abhängig macht. Sie ist gewiß nicht unverbindlich, wenn sie die Bestimmung des Preises auf den Willen eines Dritten stellt (§ 1 I. de emt. et vend. 3. 23, l. 15 C. de cont. emt. 4. 38); und warum sollte sie die Bestimmung nicht auf die Willkür dessen stellen können, dem das Anerbieten gemacht wird? S. auch § 386 Note 6. 7. Ihering behauptet freilich (S. 378), daß ein pretium certum im Sinne der Römer nie vorliege und also auch eine Gebundenheit des Verkäufers nie stattfinde, wenn die Bestimmung des Preises von der Zukunft abhange. Danach würde auch ein Verkauf um einen von einem Dritten zu bestimmenden Preis unverbindlich sein, wovon doch die oben genannten Stellen sehr ausdrücklich das Gegentheil sagen. Vgl. auch Seuffert l. c. p. 14. Regelsberger S. 171, Vangerow Nr. 1. 3. Seuff. Arch. XX. 214. — CPO. § 718.

[12] Es ist im Zweifel als Absicht der Parteien anzusehen, daß ein festes Rechtsverhältniß erst mit dem Schluß der Versteigerung eintreten solle. Seuffert p. 15, Kindervater S. 10. 11, Thöl Note 19, Wächter S. 463. A. M. Puchta a. a. O., Stobbe Note 4.

[13] Namentlich in früherer Zeit war die Meinung sehr verbreitet, daß ein zweites Gebot zwar den Versteigerer entlaste, nicht aber den ersten Bieter. Der Grund dieser Meinung lag in der falschen Herbeiziehung der Analogie der in diem addictio, aus welcher noch andere unrichtige Consequenzen abgeleitet wurden. Glück XVI S. 267 fg. Dawider Seuffert p. 11 sqq., Kindervater S. 11 fg. 360 fg., Regelsberger S. 175—177. S. auch Note 15.

[14] Der Zuschlag hat in diesem Falle nicht die Bedeutung einer den Vertrag zum Abschluß bringenden Willenserklärung des Versteigerers, sondern es soll durch denselben constatirt werden, daß ein weiteres Gebot nicht erfolgt, also die Bedingung des durch das letzte Gebot abgeschlossenen Vertrages erfüllt sei. Kindervater S. 14 unt., Seuffert p. 14.

Publikum, seinerseits Vertragsanträge zu stellen, und ein Vertrag kommt erst dadurch zu Stande, daß der Versteigerer einen dieser Anträge seinerseits acceptirt[15]. Welchen Sinn die Versteigerung wirklich habe, ist eine für jeden einzelnen Fall zu lösende thatsächliche Frage: im Zweifel wird ihr der erste Sinn nicht beigelegt werden dürfen[16]. Hat sie den zweiten Sinn, so entsteht die fernere Frage, ob der Versteigerer den Vertrag mit jedem Bietenden abschließen kann, oder nur mit dem Letztbietenden. Auch dieß ist eine Intentionsfrage; im Zweifel wird für das Letztere, also das Freiwerden eines jeden Bietenden durch ein Uebergebot, zu entscheiden sein[17]. Jedenfalls darf man nicht sagen, daß, weil der Versteigerer nicht sofort gebunden sei, auch der Bieter von seinem Gebote nach Willkür zurücktreten könne[18].

---

[15] Ihm den Zuschlag giebt. In diesem Falle hat also der Zuschlag die Bedeutung einer den Vertrag zum Abschluß bringenden Willenserklärung wirklich.

[16] So die meisten Neueren: Unterholzner, Sintenis, Keller, Seuffert, Unger, Regelsberger, Vangerow, Reuling, Thöl, und namentlich mit großer Energie Jhering gegen Kindervater, obgleich doch auch der Letztere sagt, daß der Versteigerer nur dann gebunden sei, „wenn (er) erklärt, mit demjenigen einen Vertrag eingehen zu wollen, welcher bis zu einer bestimmten Zeit das beste Gebot abgeben werde" (S. 15, s. auch S. 367). Ganz unzweifelhaft ist die Sache doch nicht. Es ist freilich nicht anzunehmen, daß der Versteigerer geneigt sein sollte, seine Sache um jeden beliebigen Preis hinzugeben; aber hat er nicht die Möglichkeit, selbst oder durch einen Andern überzubieten? Und wenn oft genug zu diesem Mittel wirklich gegriffen wird, weist dieß nicht darauf hin, daß der Versteigerer ein Bewußtsein davon hat, daß er sonst gebunden sein würde? Jedenfalls wird man zugestehen müssen, daß in erster Linie die Ortsgewohnheit entscheidet. Seuff. Arch. XXIV. 22, XXXI. 127, VIII. 38 (die Entscheidungen das. XI. 134. 219, XX. 214 beziehen sich auf Fälle ausdrücklichen Vorbehalts der Ungebundenheit des Versteigerers). — Unger a. a. O. ist der Meinung, daß der Wille des Versteigerers, gebunden zu sein, sich unzweifelhaft auch aus der Bezeichnung eines Minimalpreises ergebe. Dagegen Regelsberger S. 171, Reuling S. 357.

[17] Auch hier ist Jhering anderer Meinung: ebenso Unterholzner; dawider Seuffert, Sintenis, Regelsberger, Vangerow Nr. 2. b, Thöl, Stobbe; unbestimmt Keller. Ich glaube nicht, daß die Auffassung Jhering's die im Leben vorherrschende ist, und darauf kommt doch hier Alles an. Regelsberger (S. 178—180) nimmt aber als stillschweigend bedungen an, daß Gebote von Zahlungsunfähigen nicht in Betracht kommen sollen. Noch weiter geht in dieser Richtung Reuling: derselbe räumt dem Versteigerer das Recht ein, ein jedes Mehrgebot zurückzuweisen, und läßt demnach den Bieter frei werden nicht schon durch das Mehrgebot als solches, sondern erst dadurch, daß der Versteigerer dasselbe als Basis weiterer Verhandlung zuläßt. Ebenso Siegel das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht S. 84. 85. Dagegen Thöl a. a. O. Note 16.

[18] Bei dem gegenseitigen Vertrag kann sehr wohl die Verpflichtung des einen Contrahenten ohne die des Andern bestehen. S. § 321 Note 23. 24. 25. Kindervater S. 8, Jhering S. 178, Regelsberger S. 172—175, Vangerow Nr. 2. a, Brinz 1. Aufl. S. 1592, Thöl S. 181. Seuffert p. 16 sqq. nimmt ein

3. Die Auslobung und die Versteigerung sind nicht die einzigen Fälle, in welchen auf Grund eines Vertragsantrags an eine unbestimmte Person ein Vertrag zu Stande kommen kann[19]. Nur sind mit Vertragsanträgen an eine unbestimmte Person nicht zu verwechseln öffentliche Ankündigungen, durch welche zum Abschluß eines Rechtsgeschäfts auf gewisse Bedingungen eingeladen wird[20]; sie sind nicht Vertragsanträge, sondern Aufforderungen zu Vertragsanträgen, und daher unverbindlich[21].

c. Erklärung des Vertragswillens.

§ 309.

1. Die Erklärung des Vertrags- (Gläubiger- oder Schuldner-) Willens kann, soweit die für den Vertrag vorgeschriebene Form kein Hinderniß in den Weg legt, nicht bloß ausdrücklich, sondern auch

---

pactum de emendo an (s. auch Jhering a. a. O. und Regelsberger S. 180). Die unrichtige Meinung bei Schweppe röm. Privatr. III § 422, Wening-Ingenheim gem. Civilr. II § 260. Göschen gem. Civilr. II. 2. § 506. Doch kann allerdings der Sinn der Versteigerung auch der sein, daß die Bieter so wenig gebunden sein sollen, wie der Versteigerer es ist. Seuffert p. 18. — Siegel a. a. O. (Note 17, vgl. § 304 Note 12) läßt den Versteigerer aus seiner einseitigen Erklärung haften, weil es an einer Annahme fehle; ebenso Stobbe Note 8. Die (im Voraus erklärte) Annahme liegt in der Versteigerungsankündigung. — Der Bieter bleibt aber, wenn nichts Anderes bedungen ist, gebunden nur bis zum Schluß des Versteigerungstermins. Stobbe Note 13, Thöl Note 17. Seuff. Arch. VI. 183.

19 „Was fehlt zur Gültigkeit des Angebots, wenn Jemand im Wirthshaus öffentlich seine Uhr um einen bestimmten Preis ausbietet?“ Regelsberger S. 49. A. M. Jhering (Note 8), VII S. 172. 379., auch Bekker Jahrb. d. gem. R. II S. 356. Dafür Sohm Zeitschr. f. Handelsr. XVII S. 56 fg. Seuff. Arch. XI. 217. Andere zählen hierher auch die Begründung einer Inhaber- und Ordrepapierforderung. S. darüber § 304 Note 11. [Besonderer Fall: A sucht ein Darlehn; B erklärt ihm, er verbürge sich demjenigen, der ihm das Darlehn gewähren werde. Seuff. Arch. XXI. 115 und Entsch. d. RG. XI S. 248 helfen in diesem Fall durch die Annahme, A sei zum Abschluß des Bürgschaftsvertrages mit dem Darlehnsgeber ermächtigt. Vgl. § 309 Note 9. Für die Ungültigkeit des Geschäfts entschied in einem anologen Fall Seuff. Arch. XI. 218. Eine andere Wendung bei Dernburg II § 9 Note 4: nach heutigem Recht kann ein Dritter für den unbestimmten Gläubiger acceptiren.] — Sind Einladungen zur Actienzeichnung ein Angebot? Regelsberger S. 52 fg.

20 Ankündigungen von Waaren oder Büchern oder Miethwohnungen zu gewissen Preisen, Ankündigungen von Eisenbahn- oder Dampfschifffahrten rc.

21 Schütze Jahrb. d. gem. R. V S. 42—44, Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 95—97. VII S. 174, Bekker Jahrb. d. gem. Rechts II S. 356. HGB. Art. 337. „Das Anerbieten zum Verkauf, welches erkennbar für mehrere Personen, insbesondere durch Mittheilung von Preislisten, Waarenverzeichnissen, Proben und Mustern geschieht . . . ist kein verbindlicher Antrag zum Kauf“. Seuff. Arch. XVII. 20.

stillschweigend geschehen[1]. Eine stillschweigende Willenserklärung liegt möglicherweise auch in dem Stillschweigen auf einem von der andern Seite gestellten Vertragsantrag; aber sie liegt nicht nothwendig darin[2].

2. Die Erklärung des Vertragswillens kann, unter der bezeichneten Voraussetzung, sowohl durch den Vertragschließenden selbst, als durch eine von ihm beauftragte Mittelsperson, und sowohl mündlich als schriftlich, geschehen[3]. Geschieht sie schriftlich, so ist die Erklärung vollendet nicht schon mit der Niederschrift und Unterzeichnung, sondern erst mit der Absendung (Entäußerung) der Schrift (des Briefes)[4];

---

§ 309. [1] Vgl. z. B. § 306 Note 11. Eine stillschweigende Willenserklärung (Annahmeerklärung) liegt namentlich auch in der (gerichtlichen oder außergerichtlichen) Forderung der Ausführung eines gegebenen Versprechens. A. M. Siegel das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heut. R. S. 14 fg. und Seuff. Arch. XXV. 99: weil das Fordern eine bereits entstandene Verbindlichkeit voraussetze. Nun so helfe man durch benigna interpretatio; das Gegentheil ist starrer Formalismus. Liegt eine stillschweigende Annahmeerklärung auch in dem Beginn der Ausführung einer gemachten Bestellung? S. einerseits Scheurl Beiträge I S. 311, Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 89, Regelsberger S. 93. Endemann's Handb. d. Handelsr. II S. 447 fg.; andererseits Stobbe III S. 105. Vgl. auch oben § 306 Note 11.

[2] Vgl. I § 72 Note 10, § 307 Note 6. Thöl Handelsr. I § 57 Nr. 3 (6. Aufl. § 237 Nr. 3). Regelsberger Erörter. S. 93 fg. Endemann's Handb. des Handelsr. II S. 448 fg. Der letztere Schriftsteller stellt den allgemeinen Satz auf, daß Schweigen als Einwilligung gelte, wenn Nichtantworten trotz des Entschlusses auf den Antrag nicht einzugehen, eine Verletzung der im Verkehr herrschenden Redlichkeit enthalten würde, der Antragsteller nach Lage der Umstände befugt sei, die Annahme zu erwarten. HGB. Art. 323 Abs. 1. „Wenn zwischen dem Kaufmann, welchem ein Auftrag gegeben wird, und dem Auftraggeber eine Geschäftsverbindung besteht, oder sich derselbe gegen den letzteren zur Ausrichtung solcher Aufträge erboten hat, so ist er zur Antwort ohne Zögern verpflichtet, widrigenfalls sein Schweigen als Uebernahme des Auftrags gilt". Seuff. Arch. XXIX. 159. 160 und Citate das. — Derjenige, welchem der Antrag gestellt worden ist, ist auch, abgesehen von besonderen Gründen, nicht verpflichtet, „die ihm in Beziehung auf den beantragten Vertrag eingesandten Gegenstände anzunehmen, oder zurückzusenden, oder auf sie positive Sorgfalt zu verwenden". Thöl a. a. O., Regelsberger S. 60 fg. S. 449. Seuff. Arch. VII. 97, vgl. V. 7. Vgl. HGB. Art. 323 Abs. 2. „Auch wenn derselbe (s. oben) den Antrag ablehnt, ist er schuldig, die mit dem Auftrage etwa übersandten Waaren oder anderen Gegenstände auf Kosten des Auftraggebers, soweit er für diese Kosten gedeckt ist und soweit es ohne seinen Nachtheil geschehen kann, einstweilen vor Schaden zu bewahren".

[3] S. I § 73 Note 1. Auch die beauftragte Mittelsperson kann wieder sowohl mündlich als schriftlich reden. Unter den letzteren Fall gehört die telegraphische Mittheilung.

[4] A. M. Thöl a. a. O. Nr. 4 („also nachdem das Ja geschrieben ist"). Aber das bloße Schreiben des Briefes ist nur eine Vorbereitung der Willenserklärung; die wirkliche Willenserkärung liegt erst darin, daß der Schreibende sich des Briefes entäußert. Scheurl (Jahrb. für Dogm. II S. 258) unterscheidet: die Willenserklärung ist vollendet durch Niederschrift des Briefes, aber die

geschieht sie durch einen Boten, so ist die Erklärung vollendet mit der Ertheilung des Auftrages an denselben[4a]. Wird durch das von dem Erklärenden gewählte Mittel der Erklärung sein Wille unrichtig mitgetheilt[5], so kommt auf das Erklärte zwar kein Vertrag zu Stande[5a], da es dem Willen nicht entspricht; aber der Urheber der Erklärung haftet dem andern Theil auf Ersatz des Schadens, welcher demselben dadurch erwachsen ist, daß er auf das Zustandekommen des Vertrages gerechnet hat[6]. Jedoch bedarf dieser letztere Satz folgender näheren

---

Willenserklärung an den andern Theil erst durch Absendung desselben. Auch das halte ich nicht für richtig.

[4a] A. M. Schliemann Zeitschr. f. Handelsr. XVI S. 5 fg., welcher behauptet, sie sei vollendet erst wenn der Bote seinen Auftrag ausgerichtet hat, ebenso Kühn Jahrb. f. Dogm. XVI S. 19. Dagegen mit Recht Schott der obligatorische Vertrag unter Abwesenden S. 70 fg.

[5] Auf die im Folgenden behandelte Frage ist in der neueren Zeit die Aufmerksamkeit namentlich durch einen im Jahre 1856 vor dem Landgericht zu Köln verhandelten Fall gelenkt worden, wo ein Kölner Handelshaus einem Frankfurter Haus durch den Telegraphen den Auftrag ertheilt hatte, Actien zu einem sehr bedeutenden Werthe zu kaufen, und der Beamte der Ankunftsstation aus „kaufen" „verkaufen" gemacht hatte; der dadurch erwachsene Schade betrug beinahe 40,000 Thaler. — Literatur: Reyscher Zeitschr. f. deutsches Recht XIX S. 289—296. 456 fg. (1859). Fuchs Arch. f. civ. Pr. XLIII S. 94 fg. (1860). Bekker Jahrb. d. gem. R. IV S. 169 fg. (1860). Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 83—86. 106—112 (1861). Bähr das. VI S. 286 fg. (1862). Busch Arch. f. civ. Pr. XLV S. 1 fg. (1862). Serafini (cit. bei § 306 Note *) p. 120 sqq. (1862). Mittermaier Arch. f. civ. Pr. XLVI S. 21 fg. (1863) XLVII S. 215—217. 223—225. 228 (1864). Pernice Zeitschr. f. Handelsr. XXV S. 122 fg. (1880). [Graf Pininski die Thatsache des Sachbesitzerwerbes II S. 529 fg.]

[5a] Zu dem entgegengesetzten Resultat führt die I § 75 Note 1a bezeichnete Ansicht. Vgl. im Besonderen Bähr Jahrb. f. Dogm. XIV S. 419 fg. — Ebensowenig kommt ein Vertrag zu Stande auf das wirklich Gewollte. Seuff. Arch. XXX. 116.

[6] Denn wer zum Zweck einer Erklärung ein bestimmtes Mittel wählt, eignet sich das Resultat dieses Mittels als seine Erklärung an. Man merke wohl: er eignet sich das Resultat dieses Mittels als seine Erklärung an; nicht als die Erklärung seines Willens. (Dieser Gegensatz ist auch in dem Aufsatz von Fuchs, welcher sonst mit der hier vertheidigten Ansicht auf dem gleichen Boden steht, nicht hinlänglich hervorgehoben, und noch weniger in der Zustimmung, mit welcher Sintenis [II § 96 Anm. 13] den Ausführungen von Fuchs beigetreten ist.) Es liegt also hier vor eine Erklärung, welcher der wirkliche Wille nicht entspricht. Deßwegen ist zwar der Vertrag nichtig, aber nach dem im § 307 Note 5 bezeichneten Grundsatz eine Entschädigungspflicht des Urhebers der Erklärung begründet. — Jhering macht auch hier den Gesichtspunkt der Verschuldung geltend. Es ist ihm von verschiedenen Seiten, meiner Ansicht nach mit Recht, entgegengehalten worden, daß in der Wahl indirecter Mittheilung statt der directen keine Verschuldung liege, nicht einmal in der Wahl telegraphischer Mittheilung. Für den letzteren Fall hat eine Verschuldung angenommen das Urtheil des Landgerichts zu Köln in dem in Note 5 erwähnten Fall, s. Reyscher a. a. O. S. 465 fg. Freilich stumpft Jhering's culpa sich sehr ab und wird fast zur

Bestimmung: a) der Erklärende haftet nicht, wenn die mit der Uebermittelung seiner Erklärung beauftragte Mittelsperson dieselbe wissentlich falsch übermittelt[7]; b) der Erklärende haftet nicht, wenn die unrichtige Mittheilung seiner Erklärung die Folge von Umständen ist, welche außer aller Berechnung liegen[8].

3. Der Vertragswille kann gültig auch einem Dritten gegenüber erklärt werden. In der Regel freilich wird die einem Dritten gegenüber abgegebene Erklärung des Inhalts, daß man sich zum Gläubiger oder Schuldner einer andern Person machen wolle, ein bloßes Reden vom Wollen, nicht der Ausdruck eines wirklichen Wollens sein[8a].

Veranlassung (S. 111, vgl. auch unten § 315 Note 7). Und so geradezu Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 384 fg.: die culpa liegt in der Veranlassung des Schadens. — Die meisten der in Note 6 genannten Schriftsteller (Reyscher, Busch, Serafini, Mittermaier) wollen eine Entschädigungspflicht des Urhebers der Willenserklärung nicht, oder doch nur für den Fall anerkennen, wo ihm eine Verschuldung wirklich zur Last falle, oder wo der ertheilte Auftrag auf sofortiges Handeln (ohne vorherige Rückerkundigung) gehe, oder wo zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten ein fortdauerndes Vertragsverhältniß bestehe, vermöge dessen Jener Diesem jeden Schaden bei Vollziehung der ertheilten Aufträge zu ersetzen habe. Bekker glaubt nur für den Fall helfen zu können, wo der abzuschließende Vertrag ein Mandat ist, für diesen aber in der Weise, daß er eine, wie mir scheint, unzulässige Unterscheidung zwischen dem ertheilten Auftrag an sich und seinem Inhalt macht. Ebenso gewährt Mommsen Erörter. II S. 125 fg. einen Entschädigungsanspruch nur „nach den in Betreff des Mandats geltenden Grundsätzen" (vgl. § 307 Note 5). [Ebenso Dernburg II § 116 Note 14 (15).] Gegen alle Entschädigungspflicht (abgesehen natürlich vom Fall des dolus) ist auch Burchardi über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehilfen bei der Erfüllung von Obligationen (Kiel 1861) S. 35. 36; gegen die Entschädigungspflicht abgesehen vom Fall wirklicher Verschuldung Hauser Zeitschr. f. Handelsrecht XII S. 61 fg., ebenso Hasenöhrl österr. Obligationenr. I § 48 Note 28.

[7] Der Erklärende eignet sich das Resultat an, welches das gewählte Erklärungsmittel unter dem von ihm gegebenen Impuls liefert. Die wissentlich falsche Uebermittelung des Boten erfolgt nicht auf den Impuls des Auftraggebers. S. auch Mommsen Erörter. II S. 126. [A. M. Unger Grünhut's Zeitschr. XV S. 684 Note 34.]

[8] Dieser Punkt ist nicht unzweifelhaft; doch scheint mir die aufgestellte Behauptung nicht zu kühn. Indem der Erklärende sich das Resultat des von ihm gewählten Erklärungsmittels aneignet, zieht er nur die regelmäßige Action dieses Mittels und die von derselben unzertrennlichen Störungsmöglichkeiten in Betracht. Hiernach wäre z. B. zu entscheiden, wenn etwa der beauftragte Bote in Geistesstörung verfiele und unter dem Einfluß derselben die ihm aufgetragene Erklärung entstellte. [A. M. auch hier Unger a. a. O.]

[8a] Schloßmann der Vertrag S. 62 bemerkt gegen das im Texte Gesagte, er bekenne sich für „unfähig", es einer Erklärung anzumerken, ob ihr Urheber wirklich wolle oder nur sage, daß er wolle. Der Verf. widerlegt sich selbst. Denn sofort auf S. 65 sagt er, es erscheine dem natürlichen Rechtsverstand absurd, daß wenn A dem B erzähle, er wolle dem C 1000 geben, er deßhalb zur Zahlung an C verpflichtet sein solle. Hat hier A nicht von seinem Wollen geredet?

Steht es aber fest, daß sie der Ausdruck eines wirklichen Wollens ist, so hat sie die gleiche juristische Bedeutung, wie wenn sie direct an denjenigen, welcher dadurch zum Gläubiger oder Schuldner gemacht werden soll, gerichtet worden wäre[9].

4. Der Schuldnerwille braucht nicht nothwendigerweise in der Form des Versprechens erklärt zu werden. So liegt namentlich in jeder Entäußerungserklärung die Uebernahme einer Verbindlichkeit[10].

d. Vorvertrag*. Punctation.

§ 310.

1. Dem Vertrage kann ein anderer Vertrag vorhergehen, durch welchen die Verbindlichkeit zum Abschluß des Hauptvertrages über=

---

[9] Aus den Quellen läßt sich ein Beweis für diesen Satz nicht beibringen. Auch darf man sich für denselben nicht, wie es in früheren Ausgaben dieses Lehrbuches geschehen ist, auf die Zulässigkeit des Vertragsantrags an eine unbestimmte Person berufen; denn daraus, daß der Vertragsantrag an eine nicht individuell vorgestellte Person gerichtet werden kann, folgt nicht, daß er einer Person gegenüber erklärt werden kann, für welche er nicht bestimmt ist. Aber der aufgestellte Satz folgt aus der Natur der Sache. Ein ausgesprochener Willensentschluß ist deßwegen nicht weniger ein ausgesprochener Willensentschluß, weil er nicht demjenigen gegenüber ausgesprochen ist, für welchen dadurch Rechte und Verbindlichkeiten erzeugt werden sollen. Ein hierher gehöriger Fall bei Seuff. Arch. X. 47 Nr. 2 (Bürgschaftswillen dem Schuldner gegenüber erklärt); s. aber auch XI. 218. A. M. Hasenbalg Bürgschaft S. 30. Ein anderer Fall bei Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I S. 627 (Nr. 3). S. ferner Seuff. Arch. XXVII. 109: Caution für einen Auswanderer, vor der Verwaltungsbehörde erklärt; vgl. Bl. f. RAnwend. zun. in Bayern zweiter Ergänzungsband S. 184 fg. Gehört auch die Schuldübernahme hierher? S. § 338. Actienzeichnung vor gegründeter Gesellschaft? Regelsberger S. 54 fg. und Citate das. Seuff. Arch. XVI. 216, XXIV. 56, XXVII. 48. [A. M. Dernburg II § 11 Note 3.] — Regelsberger S. 8. 9 greift in diesen Fällen zu der Annahme, es sei der Dritte zur Ueberbringung der Schuldnererklärung an den Gläubiger ermächtigt. Diese Annahme theilt Unger Jahrb. f. Dogm. X S. 91 Note 130, jedoch mit dem Unterschied, daß er den Versprechenden dem Dritten sofort gebunden sein läßt, ferner Marsson (§ 306 Note *) S. 24. Ebenso Seuff. Arch. XXI. 115 und Entscheid. d. RG. XI S. 248. [In den hier entschiedenen Fällen verbindet sich mit der Erklärung des Vertragsantrags an eine Person, für welche er nicht bestimmt ist, der Vertragsantrag an eine unbestimmte Person. Vgl. § 308 Note 19.] Meiner Ansicht nach kann eine Ermächtigung vorliegen, aber sie kann auch nicht vorliegen. Und wenn sie vorliegt, geht sie dann auf Ueberbringung einer an den Gläubiger gerichteten Schuldnererklärung? Mit solchen Zweifeln und Reservationen ist dem Verkehr schlecht gedient. [Ueber die Auffassung von Dernburg II § 9 Note 4 s. § 308 Note 19.]

[10] Der Verbindlichkeit, zu dem Inhalt der Erklärung zu stehen, die Entäußerung zu realisiren. Vgl. § 321 Note 10, § 342 Note 6b, § 365 Note 18, § 389 Note 2. S. ferner § 412a.

* Regelsberger in der bei § 305 citirten Schrift S. 129—133. Degenkolb der Begriff des Vorvertrages. Akad. Festschrift, Freiburg 1871. [Nicht im

nommen wird[1]. Ein solcher Vertrag wird passend Vorvertrag genannt[1a]. Aus dem Vorvertrag entsteht, vorausgesetzt daß der Inhalt des Hauptvertrages genügend festgestellt ist[1b], ein Forderungsrecht auf Abschluß des Hauptvertrages[1c], bez., wenn der Abschluß unmöglich ist, auf Leistung Dessen, was der Berechtigte durch Abschluß des Hauptvertrages gehabt haben würde[2]. Die dem Hauptvertrage eigenthümlichen Erfordernisse seiner Gültigkeit, und im Besonderen das Erforderniß einer etwa gesetzlich vorgeschriebenen Form, gelten für den

---

Buchhandel erschienen. Wieder abgedruckt mit Zusätzen Arch. f. civ. Pr. LXVII S. 1 fg. (1887.)] Göppert krit. VJSchr. XIV S. 400—428 (1872). Thöl Handelsr. 6. Auflage II § 246. Regelsberger in Endemann's Handb. des Handelsr. II S. 417 fg. Bechmann Kauf II S. 270 fg.

§ 310. [1] L. 75 D. de contr. emt. 18. 1, l. 21 § 5 D. de A. E. V. 19. 1, l. 68 l. 122 § 3 D. de V. O. 45. 1. Andere Beispiele bei Thöl a. a. O. Note 5.

[1a] Gewöhnlich sagt man: pactum de contrahendo. Den Ausdruck „Vorvertrag" hat Thöl (Handelsr. I § 62 Note 1. 6. Aufl. § 246 Note 4) vorgeschlagen. Allerdings bezeichnet derselbe an und für sich nur einen Vertrag, welcher einem anderen Vertrage vorhergeht, nicht auch, daß der vorhergehende Vertrag gerade auf Abschluß dieses anderen Vertrages gerichtet sei. Aber Freiheiten dieser Art wird man bei der Wahl oder Bildung technischer Ausdrücke nie ganz vermeiden können. — Degenkolb und Göppert wollen den Vorvertrag an eine andere Stelle des Systems verweisen, als die ihm hier in Uebereinstimmung mit der herrschenden Auffassung gegebene, Degenkolb in die Lehre vom Gegenstand der Verträge oder die Lehre vom Gegenstand der obligatorischen Leistungen, Göppert in die letztere Lehre. Beide Schriftsteller berufen sich darauf, daß der Vorvertrag nicht eine Entwickelungsphase des Hauptvertrags, sondern ein für sich bestehender Vertrag sei, Degenkolb auch darauf, daß durch Vertrag nicht bloß die Verpflichtung zum Abschluß eines obligationserzeugenden Vertrages, und Göppert darauf, daß die Verpflichtung zum Abschluß eines obligationserzeugenden Vertrages nicht bloß durch Vertrag begründet werden könne. Alles das ist ohne Zweifel richtig; aber immerhin ist die vorzugsweise wirthschaftliche Bedeutung der Vorvertrages die, daß er Vorbereitung ist zum Abschluß eines obligationserzeugenden Vertrages, und dieser Bedeutung darf jedenfalls für den Lehrvertrag Rechnung getragen werden. Vgl. auch oben § 286 a. E.

[1b] Regelsberger bei Endemann S. 418. Seuff. Arch. XXXVIII. 12.

[1c] Regelsberger Erörter. S. 131, Degenkolb Arch. S. 41—47, 63—92, Göppert S. 410—412, Bechmann S. 271.

[2] Nach römischem Recht konnte auch bei Möglichkeit des Abschlusses nur auf Leistung des Interesse verurtheilt werden. L. 68 D. de V. O. 45. 1. „Quodsi ita stipulatus fuero: pecuniam te mihi crediturum spondes? incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest". Nach heutigem Rechte wird auf Abschluß des Vertrages verurtheilt, und der Vertrag gilt als abgeschlossen, sobald die Verurtheilung rechtskräftig geworden ist. CPrO. § 779. Noch weiter geht ohne Grund Thöl a. a. O. S. 784: der Abschluß des Vertrages gelte als geschehen, wenn der zu demselben Verpflichtete trotz des Verlangens des Berechtigten ihn verweigere. Vgl. noch § 370 Note 18, [und insbesondere über den Vorvertrag bei Consensualverträgen Degenkolb Arch. S. 69 fg. Attenhofer Zeitschr. f. Schweiz. R. N. F. VIII S. 347 fg. Seuff. Arch. XLV. 79.]

Vorvertrag dann, wenn das Recht ohne Erfüllung dieser Erfordernisse eine Gebundenheit des Willens überhaupt nicht will, nicht aber in dem Fall, wo es von der Erfüllung derselben eine besondere Gestaltung des obligatorischen Verhältnisses abhängig macht[3]. — Uebrigens kann eine Verpflichtung zum Abschluß eines Vertrages nicht bloß durch Vertrag, sondern auch durch letztwillige oder richterliche Verfügung, sowie durch gesetzliche Regel begründet werden[3a].

2. Unter Punctation[4] wird verstanden eine schriftliche Beurkundung, welche die Parteien, ehe sie den Vertrag vollenden oder als vollendet ansehen, über die bis dahin erzielte Einigung aufnehmen. Eine solche Punctation kann möglicherweise bloß zur Notiz, als Anhaltspunkt für das Gedächtniß, gemacht werden, ohne daß die Parteien irgendwie gebunden sein wollen. Dann hat sie gar keinen juristischen Werth[5]. Sie kann aber auch in bindender Ansicht gemacht werden. a. Die Parteien sind über die Hauptpunkte des Vertrages einig geworden; aber über Nebenpunkte bleibt künftige Vereinbarung vorbehalten. Dann kann Vollziehung des Vertrages gefordert werden, und wenn über die Nebenpunkte keine Vereinbarung zu Stande kommt, entscheidet in Betreff ihrer die gesetzliche Regel[6]. b. Die Parteien sind über alle Punkte einig geworden; aber es soll noch eine besondere Form hinzukommen. Dann liegt entweder ein Vorvertrag vor, oder was die Parteien Punctation nennen, ist in Wirklichkeit der Vertrag selbst. Ist das Letztere der Fall, so ist zu unterscheiden, ob die Form eine für die Gültigkeit des Vertrages gesetzlich vorgeschriebene, oder ob sie eine gewillkürte ist. Im ersten Fall ist die

---

[3] So ist z. B. gültig das pactum de cambiando. Hat particularrechtlich eine gesetzliche Form die Bedeutung, daß durch sie nicht die Gültigkeit, sondern nur die Klagbarkeit oder die Beweisbarkeit des Vertrages bedingt sein soll (s. § 312 Note 8—10), so ist ohne Form auch der Vorvertrag nicht klagbar oder nicht beweisbar. Ueber die verschiedenen Auffassungen s. Thöl S. 782, Arndts krit. VJSchr. V S. 166. 167, Regelsberger Erörter. S. 138—145. Endemann's Handb. S. 418, Degenkolb S. 34—41. 79, Göppert S. 413—416, Seuff. Arch. XXXVIII. 103, [Entsch. d. RG. XIV S. 93 (= Seuff. Arch. XXXIX. 185), XVI S. 155].

[3a] L. 49 § 8. 9 l. 66 [l. 108 § 15] D. de leg. I° 30, l. 108 § 15 eod., l. 11 § 15 l. 30 § 3 de leg. III° 32. S. ferner § 388 Note 2. Göppert S. 408.

[4] Thöl Handelsr. I § 32. 6. Aufl. § 247, Sintenis II S. 249. 250, Regelberger Erörter. S. 136 fg. Endemann's Handb. S. 421 fg., Stobbe III S. 135.

[5] Auf Vertragsverhandlungen, welche noch zu keiner Bindung geführt haben, geht der Ausdruck „Tractate".

[6] Thöl a. a. O. S. 785, Sintenis a. a. O. Note 16, Regelsberger bei Endemann S. 417.

Punctation unverbindlich[7], im zweiten Fall kann aus derselben Vollziehung der Form, aber auch ohne dieselbe sofort Erfüllung gefordert werden[8]. Ist die Punctation Vorvertrag, so kann aus derselben Vollziehung der Form nach der zu Note 3 gemachten Unterscheidung gefordert werden. — Aus dem Gesagten geht hervor, daß der Begriff der Punctation wegen seiner Vielgestaltigkeit juristisch unbrauchbar ist[9].

e. Erfordernisse der Gültigkeit des Vertrages.

α. Ueberhaupt.

§ 311.

Damit ein gültiger Vertrag vorliege, ist erforderlich: 1) daß zwei (oder mehrere) Willenserklärungen in diejenige Beziehung zu einander getreten seien, welche durch den Begriff des Vertrages gefordert wird; 2) daß jede dieser Willenserklärungen für sich betrachtet gültig sei. — Der erste Punkt ist bereits im Vorhergehenden (§ 305 fg.) erörtert worden. Nur eine Consequenz des daselbst Gesagten ist, daß beide Willenserklärungen auf Dasselbe gerichtet sein müssen. Wird daher die Annahme der gegnerischen Willenserklärung auf etwas Anderes gerichtet, als ihren wirklichen Inhalt, indem der Annehmende sich von ihrem Inhalt eine irrige Vorstellung macht, so ist die erklärte Annahme nur eine scheinbare, keine wirkliche. Jedoch schadet dabei eine Differenz in einem unwesentlichen Punkte nicht (I § 77). — Ueber die Gültigkeit der in dem Vertrage vereinigten Willenserklärungen, jede für sich betrachtet, entscheiden zunächst die allgemeinen Grundsätze von den Rechtsgeschäften (I § 70 fg.). Von denselben ist hier hervorzuheben der Satz, daß die Willenserklärung auch dann ungültig ist, wenn sie dem wirklichen Willen in einem wesentlichen Punkt nicht entspricht. Dieser Satz wird hier deßwegen besonders hervorgehoben, um an diesem Orte noch einmal auszusprechen, was oben (I § 76 5 Note 1d) nur im Vorbeigehen gesagt worden ist, daß, wenngleich in Folge einer Differenz zwischen der Erklärung und dem wirklichen Willen der Vertrag nichtig ist, doch der Erklärende dem anderen Theil auf Ersatz des Nachtheils haftet, welcher demselben aus dem berechtigten Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrags erwachsen

[7] Vgl. Degenkolb S. 45 fg., Göppert S. 407 fg., Regelsberger a. a. O. S. 422.

[8] Vgl. § 312 a. E. — Ueber den Fall der Abweichung zwischen Punctation und Hauptvertrag s. Seuff. Arch. X. 242. Vgl. Bähr Urtheile des Reichsger. S. 103 fg.

[9] Vgl. Degenkolb S. 48.

ist[1]. — Näher ist hier zu handeln von den Voraussetzungen der Gültigkeit der obligatorischen Willenserklärung mit Rücksicht: a) auf ihre Form (§ 312); b) auf ihren Inhalt (§ 314 fg.); c) mit Rücksicht auf die Frage, ob zur obligatorischen Willenserklärung der Wille eines Andern benützt werden kann (§ 313).

β. Form des Vertrages.

§ 312.

Das römische Recht stellt die Regel auf, daß der obligatorische Vertrag, um ein Forderungsrecht zu erzeugen[1], der Form der Stipulation[2] bedürfe. Von dieser Regel läßt es aber Ausnahmen zu,

---

[1] Nach dem in § 307 Note 5 entwickelten Grundsatz. Vgl. Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 73 fg., Goldschmidt Handelsr. I § 62 Note 10—12. § 63 Note 27, Regelsberger in Endemann's Handb. des Handelsr. II S. 412 fg., [Eisele Jahrb. für Dogm. XXV S. 472 fg., Unger Jahrb. für Dogm. XV S. 678 fg.]. A. M. Hesse Arch. f. civ. Pr. LXI S. 271 fg., Mommsen Erörterungen II S. 99 fg. (welcher auch hier, wie im Falle des Widerrufs des Vertragsantrags [§ 307 Note 5] eine Entschädigungspflicht, abgesehen von dolus und lata culpa, nur nach den Grundsätzen des Mandats annimmt). Ueber die weiter gehende Ansicht, welche auf die Erklärung, auch wenn sie dem wirklichen Willen nicht entspricht, den Vertrag zu Stande kommen läßt, s. I § 75 Note 1a. § 311.

[1] Ueber die Frage, ob ohne Wahrung der Form auch keine naturalis obligatio entstand, s. § 289 Note 1.

[2] Das Charakteristische der Stipulation bestand darin, daß sie 1) durch mündliche Rede unter Gegenwärtigen, 2) durch Frage und Antwort abgeschlossen wurde. Uebrigens ist die Form der Stipulation im neuesten römischen Rechte ungemein abgeschwächt. Zwar ist es nicht sicher, daß durch die bekannte Constitution von Kaiser Leo vom Jahre 469 (l. 10 C. de contr. stip. 8. 37 [38]) die Nothwendigkeit von Frage und Antwort aufgehoben worden sei, obgleich die Worte des Gesetzes kaum anders verstanden werden können, vgl. auch § 1 I. de V. O. 3. 15. Aber jedenfalls stand es schon früher fest, daß die Stipulation durch eine sie bezeugende Schrift ersetzt werden könne (Paul. sentent. V. 7 § 2, § 17 I. de inut. stip. 3. 19, § 8 I. de fidei. 3. 20, l. 30 l. 134 § 2 D. de V. O. 45. 1, l. 57 D. de don. i. v. e. u. 24. 1). Justinian hat ausdrücklich bestimmt, daß gegen eine solche Schrift kein anderer Gegenbeweis zulässig sei, als der Beweis der Abwesenheit von dem Orte des Datums (l. 14 § 2 C. de contr. stip. 8. 37 [38]); daß der Gegenbeweis nicht darauf gerichtet werden könne, daß die mündliche Verhandlung zwischen den Parteien nicht in der nöthigen Form stattgefunden habe, scheint nie bestritten gewesen zu sein. Gneist formelle Verträge S. 243—265, Keller S. 434—436. — Ueber die Versuche, welche man gemacht hat, für das spätere römische Recht auch einen Vertrag durch Schrift nachzuweisen (s. g. neuer römischer Literalvertrag), s. namentlich Cropp in Heise und Cropp Abhandl. I Nr. 18, Bähr Anerkennung § 36. 37 und Jahrb. für Dogm. II S. 339—342, Huschke Darlehn S. 125 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 567 fg.; dagegen Sintenis in Sell's Jahrbüchern I S. 268—272, Gneist formelle Verträge S. 321 fg., Arndts krit. Ueberschau IV S. 230—235, Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten S. 67 fg., Spaltenstein das specifisch juristische Geschäft S. 117 fg. Ueber die ebenfalls hierher gehörige Schrift von Einert: über das Wesen und die Form des Literalcontractes, wie § 312.

sei es daß es der Einigung der Parteien als solcher[3], sei es daß es der Einigung der Parteien in ihrer Anknüpfung an eine von dem Gläubiger dem Schuldner gemachte Leistung[4] bindende Kraft zuschreibt.

Die römische Regel ist in Deutschland nicht zur Geltung gelangt. Nach einem unbestrittenen Gewohnheitsrecht gilt heutzutage die umumgekehrte Regel, daß die irgendwie erklärte Einigung der Parteien ein Forderungsrecht erzeugt[5]. — Von dieser Regel gibt es Aus-

---

dieser zur Zeit der Justinianischen Gesetzgebung ausgebildet gewesen (1852) s. die Recension von Fick Heidelb. krit. Zeitschr. I S. 479 fg. Vgl. noch Brunner zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde I S. 63. 65.

[3] Contractus qui consensu fiunt, s. g. Consensualverträge; s. g. pacta praetoria und pacta legitima.

[4] Contractus qui re fiunt, s. g. Realverträge. Der Begriff des Realvertrages ist näher so zu denken: der Gläubiger leistet unter der Auferlegung einer Verpflichtung, der Schuldner nimmt die Leistung, wie sie ihm gemacht worden ist und damit die Auflage der Verpflichtung an. Daß die in dieser Weise zu Stande gekommene Einigung der Parteien auch ohne Stipulationsform verbindlich sei, war zuerst nur für vier Verträge anerkannt (mutuum, commodatum, depositum, pignus); die Anerkennung der allgemeinen Regel gehört einer späteren Zeit an (vgl. Note 5). Jene vier Verträge pflegt man heutzutage benannte Realverträge, alle anderen Verträge, welche sich an eine von dem Gläubiger dem Schuldner gemachte Leistung anlehnen, unbenannte Realverträge (Innominat-Realcontracte) zu nennen. [Contractus fiduciae als Realvertrag: Geib Zeitschr. der Sav.-Stift. VIII S. 112 fg.]

[5] Vgl. zu dem bisher in diesem § Gesagten: v. d. Pfordten Abhandlungen Nr. 3, Savigny Obl. II § 72—78, Schlesinger Formalcontracte S. 96—98. Ueber das Alter der Klagbarkeit der Consensual- und (benannten) Realverträge vgl. u. A. (fernere Citate bei Wlassak Negotiorum gestio S. 36 Note 5) Demelius Zeitschr. für Rechtsgesch. II S. 177 fg. (1863), Leist Mancipation und Eigenthumstradition S. 94 fg., Dernburg Compensation 2. Ausg. S. 48 fg., 597 fg., Voigt ius naturale 2c. III S. 206 fg. 309 fg. 843 fg. 967 fg. IV S. 464 fg., Ubbelohde zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species (Marburg und Leipzig 1870), Bekker Aktionen I S. 145 fg. 148 fg. 306 fg. 311 fg., Karlowa Legisactionenproceß S. 127 fg., Bechmann Kauf I S. 436 fg., Mommsen Zeitschr. der Sav.-Stift. VI S. 260 fg., [Burckhardt zur Geschichte der locatio conductio (1889)]; über das Alter der Klagbarkeit der unbenannten Realverträge (actio praescriptis verbis) Voigt condictiones ob causam S. 462 fg. und a. a. O. III S. 971 fg. Die Entwickelung des modernen Gewohnheitsrechts verfolgt L. Seuffert zur Geschichte der obligatorischen Verträge. Nördlingen 1881. Dazu Stintzing krit. VJSchr. XXIII S. 489 fg. (wesentlicher Inhalt S. 509), Hofmann Grünhut's Zeitschr. X S. 131 fg. S. auch Karsten die Lehre vom Vertrage bei den italienischen Juristen des Mittelalters (1882) und dazu Böhlau krit. VJSchr. XXV S. 337 fg. namentl. 365. — Darf man, weil heutzutage die römische Regel nicht mehr gilt, sagen, wie häufig geschieht, daß es heutzutage keine Realverträge mehr gebe? Nichts kann unrichtiger sein. Es gibt heutzutage keine Verträge mehr, bei welchen eine Leistung des Gläubigers an den Schuldner aus formellen Gründen nothwendig wäre; aber es gibt wohl Verträge, welche dadurch zu Stande kommen, daß unter der Auflage einer Verpflichtung gegeben (im weiteren Sinn) und mit dieser

nahmen, jedoch sind sie nicht zahlreich[6]. Wo ausnahmsweise für einen Vertrag eine bestimmte Form vorgeschrieben ist, ist derselbe nichtig, wenn die Form nicht gewahrt ist[7]. Formen, wie sie in neueren Gesetzbüchern[8] vorkommen, welche nicht die Gültigkeit, sondern nur die Klagbarkeit[9] oder nur die Beweisbarkeit[10] des Vertrages bedingen, kennt das gemeine deutsche Recht nicht.

Es kann auch, wo gesetzlich eine Form nicht vorgeschrieben ist, eine solche von den vertragschließenden Parteien verabredet werden. Dieß kann in verschiedenem Sinne geschehen. a) Die Form soll zu dem vollendeten Vertrag als Beweismittel hinzukommen. Dann kann Vollziehung der Form, aber auch ohne dieselbe Erfüllung des Vertrages gefordert werden[10a]. b) Es liegt ein Vorvertrag vor auf Abschluß des Vertrages in der bezeichneten Form. Dann kann dieser Abschluß gefordert werden. Möglicherweise kann aber auch c) die Absicht der Parteien die sein, daß vor Vollziehung der Form noch gar keine Gebundenheit stattfinden solle. Dann kann vor Vollziehung der Form jede Partei zurücktreten, verliert jedoch das gegebene Handgeld

---

Auflage genommen wird, Verträge, bei denen die Parteien eine Verpflichtung erst durch Geben und Nehmen begründen wollen. Vgl. über diese Frage v. d. Pfordten a. a. O. S. 296 fg., Brinz krit. Blätter S. 18 fg. und Pand. S. 370 fg. 410 fg. 443 fg. 2. Aufl. II S. 138, Demelius Jahrb. f. Dogm. III S. 399 fg., Unger das. VIII S. 1 fg., Bruns in v. Holtzendorff's Encyclop. I S. 325 (390. 416. 471), Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 352, Thöl Handelsrecht 6. Aufl. I § 246 Nr. IV, Stobbe III S. 69 fg., Hasenöhrl österr. Privatrecht I S. 330 fg., Eisele Zeitschr. f. Schweiz. R. III S. 1 fg., [Dernburg II S. 21, Bekker II S. 98 fg.]; auch in diesem Lehrbuch § 321 Note 10, § 371 Note 6, § 377 Note 3, § 383 Note 7, § 384 Note 7.

[6] So ist z. B. für den Schenkungsvertrag über einen Werth von mehr als 500 Dukaten gerichtliche Protokollirung, für den Vergleich über letztwillig hinterlassene Alimente gerichtliche Bestätigung vorgeschrieben. Die Vorschrift des R. A. v. 1551 § 79, nach welcher eine jede „Verschreibung oder Obligation" zu Gunsten eines Juden nichtig sein soll ohne gerichtlichen Abschluß (vgl. Beseler 3. Aufl. § 64 Nr. I, Stobbe § 46 Nr. VIII, Seuff. Arch. I. 36, X. 27) ist gegenwärtig durch die Gesetzgebung des neuen deutschen Reiches beseitigt. Vgl. I § 55 Note 2. 3.

[7] Vgl. Stobbe III § 173 Nr. III. IV, Thöl Handelsrecht I S. 374—376 (6. Aufl. § 241).

[8] Vgl. Arndts in Ulrich's Arch. f. preuß. Recht I S. 132 fg., Dernburg Preuß. Privatrecht I § 98, Regelsberger S. 144—145, Stobbe a. a. O. Nr. VI. VII.

[9] A. L. R. I. 5 § 131. 155. 156. Stobbe a. a. O. Nr. VIII, Thöl Handelsrecht I § 59 (6. Aufl. § 242).

[10] Code civil art. 1341 s.

[[10a] Degenkolb Arch. f. civ. Pr. LXXI S. 161 fg.: in der Vollziehung der Form liegt immer, auch wenn der Vertrag vollendet ist, der Abschluß eines neuen Vertrages. Vgl. dazu Bekker Pand. II S. 84.]

bez. den Werth des empfangenen[11]. Ist die verabredete Form die schriftliche, so tritt Gebundenheit nicht eher ein, bis die Urkunde vollendet ist[12].[13]

γ. Vertrag durch den Willen eines Andern.

§ 313.

Daß der Vertragswille, wo die für die Erklärung vorgeschriebene Form kein Hinderniß in den Weg legt, auch durch das Organ eines

[11] L. 17 i. f. C. de fide instr. 4. 21, pr. I. de emt. 3. 23. Vgl. Bruns Syrisch-römisches Rechtsbuch S. 216 fg.

[12] Ueber das, was zur Vollendung der Urkunde gehört, hat Justinian (l. 17 C. de fide instr. 4. 21, pr. I. de emt. 3. 23) Folgendes bestimmt: Unterschrift der Urkunde ist nur dann erforderlich, wenn sie nicht von der Hand des Ausstellers geschrieben ist; wird sie von einem tabellio geschrieben, so ist außer der Unterschrift der Partei Vollziehung durch den tabellio (completio) und Aushändigung an denjenigen, für den die Urkunde bestimmt ist (absolutio) erforderlich. Dieß ist das Resultat der maßgebenden Untersuchungen von Brunner, zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde I S. 57 fg. 67 fg. Praktische Bedeutung kann demselben natürlich nicht beigelegt werden. Die heutige Verkehrssitte verlangt zur Vollendung der Urkunde die Unterschrift des Ausstellers ebenso bestimmt, wie die römische Verkehrssitte sie nicht verlangte, und was zur Vollendung einer Notariatsurkunde gehört, bestimmt sich nach der Notariatsordnung und nach Landesrecht. Unterschrift der Contrahenten, wie gewöhnlich gelehrt wird, ist übrigens nicht erforderlich, sondern nur Unterschrift desjenigen, der durch die Urkunde gebunden werden soll. Vgl. in dieser Beziehung noch Brunner a. a. O. S. 59. — Eine nicht zu billigende Meinung findet in l. 17 cit. noch einen andern Inhalt. Sie soll besagen, daß in allen Fällen der Verabredung einer Schrift, also auch bei perfectem Vertrage, jeder Contrahent zurücktreten könne. Eine Mittelmeinung nimmt an, das Gesetz verfüge wenigstens für den Zweifelsfall Freiheit des Rücktritts. Meiner Meinung nach ist auch dieser letzte Gedanke in dem Gesetze nicht enthalten; aber freilich, wenn das, was vorliegt, auch die Auslegung zuläßt, daß die Parteien sofortige Gebundenheit nicht gewollt haben, so wird man nach allgemeinen Auslegungsregeln (I § 84 Note 4. 5) sofortige Gebundenheit nicht annehmen dürfen. Vgl. die kleine Schrift von Setzer (Abhandlungen aus dem Civilrecht I [1860]), Regelsberger S. 145 fg., v. Jagemann die Draufgabe (arrha) S. 89—134 (1873); ferner Glück IV S. 566. XVI S. 29, Savigny Oblig.-R. S. 243, Puchta § 251. a. f, Arndts § 232 Anm. 3, Sintenis S. 243. 244, Keller S. 436. 437, Unger II § 86 Note 16, Thöl Handelsr. I § 60 (6. Aufl. § 243), Bechmann Kauf II S. 419 fg., [Dernburg II § 10 Note 2. 3, Bekker II S. 83]. Seuff. Arch. I. 198, VIII. 350, XII. 259, XVI. 102, XXV. 225, XXVII. 108, XXXIII. 295, XXXVI. 19. 285 (RG.). Vgl. auch Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock VII Nr. 33.

[13] Ueber den Fall, wo neben der von den Parteien vollzogenen Vertragsurkunde abweichende mündliche Beredungen behauptet werden, s. Stobbe a. a. O. Nr. IX, Thöl a. a. O. S. 386—388 (6. Aufl. II § 244 Nr. II) und Seuff. Arch. VI. 19, IX. 233, X. 248, XIII. 216, XX. 216. 217. 272, XXI. 33, XXIV. 229, XXV. 14, XXVI. 116; vgl. auch das. III. 30. 154, XV. 13, XVII. 21. 125, XXXI. 214. 215.

* Literaturangaben 1 § 73 Note *.

Andern erklärt werden kann, ist bereits bemerkt worden (§ 309). Es ist aber die fernere Frage, ob, wie die Erklärung des Vertragswillens, so auch der Vertragswille selbst Vertretung zuläßt, d. h. ob für Jemanden ein Vertrag dadurch zu Stande kommen kann, daß in seinem Namen der Wille eines Andern erklärt wird?[1] Diese Frage ist im Allgemeinen bereits in der Lehre von den Willenserklärungen überhaupt (I § 73) beantwortet worden. Das römische Recht hat sie, wie überhaupt, so auch bei obligatorischen Verträgen, im Principe verneint. Nach römischem Recht bleibt demjenigen, welcher für einen Andern einen Vertrag abschließen will, nichts übrig, als den Vertrag auf seinen eigenen Kopf zu stellen, und durch denselben zunächst sich selbst zu berechtigen und zu verpflichten, und nur indirect wird in der Weise geholfen, daß unter Umständen dem Vertretenen die Befugniß gegeben wird, die von dem Vertragschließenden erworbene Forderung für sich geltend zu machen, und umgekehrt dem Gläubiger die Befugniß, die von dem Vertragschließenden übernommene Verpflichtung gegen den Vertretenen geltend zu machen[2]. Das römische Recht hat jedoch dieses Princip nicht ausnahmslos durchgeführt. Es hat anerkannt, daß, wenn Jemand auf den Namen eines Andern Etwas mit der Auflage der Rückgabe hingebe, durch die Zustimmung des mit der Auflage Empfangenden ein Vertrag zwischen Diesem und dem Vertretenen zu Stande komme[3]. Im heutigen Recht ist das römische

[1] Der Verwalter eines fremden Vermögens gibt ein Darlehn im Namen des Principals. Ein Vormund verkauft im Namen des Mündels. Der Verwalter und der Vormund erklären nicht den Willen derjenigen, für welche sie handeln, sondern ihren eigenen Willen; aber sie wollen, daß ihre Willenserklärung als die Willenserklärung der Vertretenen rechtlich in Betracht kommen solle. — Die aufgeworfene Frage bezeichnet man gewöhnlich als die Frage nach der Zulässigkeit der Stellvertretung bei Verträgen. Vgl. I § 73 Note 2. § 313.

[2] Vgl. § 482, und Mühlenbruch Cession § 14, Buchka Stellvertretung § 5—7, Savigny Obl. II § 54. 55, Schmid Grundlehren der Cession I S. 383 fg.

[3] Dieser Satz ist anerkannt für das Darlehn: l. 9 § 8 D. de R. C. 12. 1. l. 35 § 2 D. don. 39. 5, l. 126 § 2 D. de V. O. 45. 1, l. 3 [2] C. per quas pers. 4. 27. Ihering Jahrb. für Dogm. II S. 87—120, vgl. Buchka Stellvertretung S. 81—87, Brinz krit. Blätter II S. 24—32, Savigny Obl. II S. 66—67, Scheurl krit. Ueberschau I S. 328, Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 283—287, Scheurl das. II S. 2, Jacobi das. IV S. 292, Schmid Cession I S. 374 fg., Huschke Darlehn S. 31 fg., Schloßmann Grünhut's Zeitschr. IX S. 505 fg. Seuff. Arch. XL. 285. Ihering stellt auch l. 6 C. de don. i. v. e. u. 5. 16 hierher; mir scheint in dieser Stelle von der Begründung eines Forderungsrechts für den Vertretenen nicht die Rede zu sein. L. 1 § 11 D. dep. 16. 3 gehört entschieden nicht hierher; der Vertreter, von welchem dieselbe handelt, erklärt fremden Willen. Vgl. übrigens auch noch Schmid Cession I S. 440. Ueber l. 4 C. si cert. pet. 4. 2 s. unten Note 6. — Das römische

Princip durch Gewohnheitsrecht ganz beseitigt, und es gilt das umgekehrte Princip, daß, wo nicht die Eigenthümlichkeit des Vertrags besondere Hindernisse in den Weg legt, der Vertrag auch durch Vertretung des Willens geschlossen werden kann, in der Weise, daß aus dem Vertrag für den Vertreter gar keine Wirkungen entstehen, für den Vertretenen aber ganz dieselben, als wenn der Vertragsschluß von ihm selbst ausgegangen wäre[4].

Recht verlangt nicht, daß das Hingegebene auch im Eigenthum des Vertretenen stehe: es soll genügen, daß es auf seinen Namen gegeben sei. Jhering a. a. O. vermittelt sich dieß durch die Vorstellung, daß kraft einer praesumtio iuris et de iure das Hingegebene als im Eigenthum des Vertretenen stehend, und der Vertreter als das Organ seines Willens angesehen werde. Ich glaube nicht, daß diese Construction zutreffend ist. Wenn Jemand die vermeintliche Schuld eines Andern auf dessen Namen mit eigenem Gelde bezahlt, so erwirbt er demselben zwar die condictio indebiti, aber er erwirbt ihm nicht für den Fall des bösen Glaubens des Empfängers die condictio furtiva; d. h. es wird zwar angenommen, daß die Hingabe aus dem Vermögen des Vertretenen erfolgt sei, aber es wird nicht angenommen, daß der Hingebende in der Hingabe aufgehört habe, Eigenthümer des Hingegebenen zu sein. L. 6 § 3 l. 47 l. 57 pr. D. de cond. ind. 12. 6, l. 6 C. eod. 4. 5; l. 18 D. de cond. furt. 13. 1, l. 81 [80] § 7 D. de furt. 47. 2 (zu letzterer Stelle vgl. § 427 Note 4). Gegen Jhering auch Schloßmann a. a. O. S. 520—540.

[4] Wie das näher zu denken sei, darüber s. I § 73 Note 16b. — Andere glauben, daß auch nach heutigem Recht der Vertreter aus dem von ihm abgeschlossenen Vertrag wenigstens formal berechtigt und verpflichtet werde, und daß der Gegensatz zwischen dem heutigen und dem römischen Rechte nur darin bestehe, daß nach heutigem Recht 1) der Contract auch im Ausdruck auf den Namen des Vertretenen gestellt werden könne; 2) daß die für den Vertreter entstandene Berechtigung und Verpflichtung in allen Fällen und ausschließlich Wirkung nur für den Vertretenen, nicht für den Vertreter habe. S. die I § 73 Note 16 Genannten, jetzt noch Bähr Arch. f. civ. Pr. LXVII S. 189. Zu dem a. a. O. Bemerkten füge ich Folgendes hinzu. Die bezeichneten Schriftsteller weichen in ihrer Auffassung noch von einander ab. Die meisten geben dem Vertretenen Erfüllungsrecht und Erfüllungspflicht aus fremder Obligation; Kuntze läßt für den Vertretenen eine „Zweigobligation" entstehen bei Unwirksamkeit der „Stammobligation" des Vertreters. Kuntze erklärt sich gegen die hier vertheidigte Auffassung hauptsächlich aus praktischen Gründen. Er meint, daß die Fiction, mit welcher dieselbe operirt, nöthig mache, auch die Obligation aus der Person des Vertretenen zu beurtheilen. In gleicher Weise wendet Thöl Handelsr. 5. Aufl. I. 1 S. 227 (6. Aufl. S. 235) ein, daß das Wegdenken des Vertreters als Contrahenten „praktisch nicht durchführbar" sei. S. dagegen das I § 73 Note 16b und im darauf Folgenden Bemerkte. Kuntze beruft sich ferner darauf, daß Fictionen Nothbehelfe seien, zu denen man nicht greifen solle, wenn noch andere Mittel der juristischen Construction übrig seien. Mir scheint die hier aufgestellte Fiction nicht eine civilistische Construction zu sein, sondern der einfache Ausdruck des Parteiwillens; die Parteien wollen, daß es so gehalten werden solle, als hätte nicht der Handelnde gehandelt, sondern ein Anderer. Daß für den Vertreter zwar kein Recht und keine Pflicht, aber doch die Form eines Rechts und einer Pflicht entstehen solle, wollen sie gewiß nicht. Vgl. noch Unger Jahrb. f. Dogm. X S. 4—14. — Vgl. HGB. Art. 52. „Durch das Rechtsgeschäft, welches

Auch in Betreff der Vertretungsbefugniß gilt hier ganz das Gleiche, was oben für Willenserklärungen überhaupt gesagt worden ist (I § 74)[5]; nur ist hinzuzufügen, daß, wenn Jemand etwas auf den Namen eines Andern mit der Auflage der Rückgabe hingibt, dadurch diesem Andern ein Forderungsrecht auch ohne seinen Willen erworben wird[6]. Ebenso gilt auch hier, daß die mangelnde Ver-

ein Procurist oder Handlungsbevollmächtigter gemäß der Procura oder der Vollmacht im Namen des Principals schließt, wird der Letztere dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet. Es ist gleichgültig, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen des Principals geschlossen worden ist, oder ob die Umstände ergeben, daß es nach dem Willen des Contrahenten für den Principal geschlossen werden sollte. Zwischen dem Procuristen oder Bevollmächtigten und dem Dritten erzeugt das Rechtsgeschäft weder Rechte noch Verbindlichkeiten". Dazu Art. 298. — Kann der Vertreter nicht wenigstens zur Erfüllung aus dem Vermögen des Vertretenen, insofern er solches in Händen hat, angehalten werden? Antwort: bloß auf Grund davon, daß der Vertrag durch ihn zu Stande gekommen ist, nicht. Thöl Handelsrecht I § 26 Text hinter Note 18 (6. Aufl. § 75 hinter Note 44); Seuff. Arch. V. 279, VI. 33, XVII. 240, XXX. 141.

[5] Vollmacht des Institor: Thöl Handelsr. I § 30—31d (6. Aufl. § 73. 74) — des Procuristen und Handlungsbevollmächtigten des HGB.: das. Art. 41—51. 53. 54 (6. Aufl. § 56 fg.). Vgl. Laband Zeitschr. f. Handelsr. X S. 218 fg.

[6] L. 9 § 8 D. de R. C. 12. 1, l. 35 § 2 D. de don. 39. 5. Der aufgestellte Satz ist zweifellos für den Fall, wo der Hingebende dem Andern schenken will; s. außer l. 35 § 2 cit. noch l. 43 § 1 l. 59 § 2 D. de I. D. 23. 3, welche letzteren Stellen zwar nicht von einer vertragsmäßigen Obligation handeln, aber doch so viel beweisen, daß Jemand schenkungsweise auch ohne seinen Willen in die rechtliche Lage gebracht werden kann, als habe er unter einer Voraussetzung hingegeben. Dagegen ist der aufgestellte Satz nicht zweifellos für den Fall, wo der Hingebende demjenigen, auf dessen Namen er hingibt, das Hingegebene in Anrechnung bringen, ihn also mit einer Verpflichtung belasten will. Mit einer Verpflichtung kann er ihn nicht ohne seinen Willen belasten; und läßt sich die Zuwendung von der darauf gelegten Verpflichtung trennen? Doch spricht für den aufgestellten Satz auch in dieser Ausdehnung l. 9 § 8 D. de R. C. 12. 1; alle beschränkenden Auslegungen, welche man von dem Anfang dieser Stelle, auf welchen es hier ankommt, versucht hat, können dem Vorwurf der Willkürlichkeit nicht entgehen. Für nicht so beweisend halte ich l. 4 C. si cert. pet. 4. 2, welche von der condictio sine causa zu verstehen mir nicht unmöglich scheint. Gegen die bezeichnete Ausdehnung spricht, daß die condictio indebiti demjenigen, auf dessen Namen gezahlt wird, wenn der Zahlende ihm die geleistete Zahlung anrechnen will, nicht ohne seinen Willen erworben wird, l. 47 D. de cond. ind. 12. 6, l. 18 D. de cond. furt. 13. 1, l. 81 [80] § 7 D. de furt. 47. 2. Vgl. über die verschiedenen Meinungen Brinz krit. Blätter II S. 24 fg. Pand. 2. Aufl. II § 296 Note 11. krit. VJSchr. XXV S. 191 fg., Jhering Jahrb. f. Dogm. II S. 87 fg., Zimmermann stellvertretende Negotiorum Gestio S. 302 fg. und die von diesen Schriftstellern Citirten, Mandry Familiengüterrecht II S. 330 fg., Huschke Darlehn S. 31 fg., Schloßmann Grünhut's Zeitschr. IX S. 507 fg. 549 fg. — Brinz krit. Blätter S. 38 ist der Ansicht, daß nach heutigem Recht ein Anderer schenkungsweise zum Gläubiger ohne seinen Willen durch jeden Vertrag eines Stellvertreters gemacht werden könne. Ich halte diese Behauptung für zu weit gehend.

tretungsbefugniß durch hinterherige Genehmigung des Vertretenen ersetzt wird. Daß die Genehmigung noch bei Lebzeiten des Vertreters erfolge, ist nicht erforderlich; ebenso wenig schadet eintretende Handlungsunfähigkeit desselben[7]. Bis es sich entscheidet, ob die Genehmigung erfolgt oder nicht, bleibt der andere Contrahent gebunden[8], und kann auch durch den Vertreter, welchem gegenüber er sich gebunden hat, seiner Verpflichtung nicht enthoben werden[9]. Erfolgt die Genehmigung nicht, so ist der Vertreter, insofern er sich zur Beibringung der Genehmigung ausdrücklich oder stillschweigend verpflichtet hat, dem andern Contrahenten zum Ersatz seines Interesse verbunden[10].

δ. Inhalt des Vertrages.

§ 314.

1. Der Vertrag ist ungültig, wenn er die zu machende Leistung so unbestimmt läßt, daß dadurch alle Gebundenheit des Schuldners ausgeschlossen wird[1]. Dieß ist aber nicht der Fall, wenn die zu machende Leistung nicht der Willkür, sondern dem Ermessen des Schuldners anheimgegeben ist, d. h. einer von demselben zu treffenden, den vorhandenen Umständen und Verhältnissen angemessenen Entscheidung[2].

2. Ungültig ist der auf eine unmögliche Leistung gestellte Vertrag. Davon näher in § 315.

3. Ungültig ist der unerlaubte Vertrag[3]. Unerlaubt ist a) der Vertrag, welcher gegen die Sittlichkeit verstößt. Dieß ist der Fall, wenn der Vertrag auf Hervorrufung oder Beförderung des Verbotenen, oder auf Hinderung des Gebotenen gerichtet ist[4]; ferner wenn durch

---

7 L. 24 § 1 D. ratam rem 46. 8. Vgl. I § 74 Note 4c. Daselbst auch über die Frage, ob das Recht zur Genehmigung auf die Erben des Vertretenen übergeht.

8 S. l. [23] 24 D. de neg. gest. 3. 5 und I § 74 Note 4a.

9 S. I § 74 Note 4b.

10 S. I § 74 Note 7a. 8.

§ 314. 1 S. 254 Note 3.

2 L. 3 C. de dot. prom. 5. 11, l. 69 § 4 D. de I. D. 23. 3. Vgl. l. 24 pr. D. loc. 19. 2, l. 22 § 1 D. de R. I. 50. 17; auch I § 93 Note 7. Vgl. Seuff. Arch. XX. 111.

3 L. 26 D. de V. O. 45. 1. „Generaliter novimus, turpes stipulationes nullius esse momenti". L. 4 C. de inut. stip. 8. 38 [39]: — „cum omnia, quae contra bonos mores vel in pactum vel in stipulationem deducuntur, nullius momenti sint". L. 6 l. 30 C. de pact. 2. 3. Paul. sentent. III. 4 B § 2. Vgl. I § 94 Note 9—15. Ravit Arch. f. civ. Pr. LVIII S. 42 fg.

4 L. 27 pr. l. 35 § 1 l. 123 D. de V. O. 45. 1, l. 6 § 3 l. 22 § 6 D. mand. 17. 1, l. 8 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5, l. 5 C. eod. 4. 7, l. 27 § 4 D. de pact. 2. 14. Seuff. Arch. I. 196 (anders XXI. 32); II. 19, XX. 114

ihn auf die Freiheit des Entschlusses in Dingen eingewirkt werden soll, in welchen der Mensch sich durch äußere Motive nicht soll bestimmen lassen[5]; endlich kann der Vertrag auch wegen der Verwerflichkeit der Gesinnung, welche sich in ihm verräth, ein unsittlicher sein[6]. b) Durch besondere Rechtsvorschriften sind aus Gründen des öffentlichen Wohls noch andere Verträge verboten, z. B. der wucherische Zinsvertrag (§ 261), der Spielvertrag (§ 419)[7].

4. Ungültig ist der Vertrag auch dann, wenn das Interesse, welches der Gläubiger an der versprochenen Leistung hat, ohne gerade verwerflich zu sein, doch nach Ermessen des Richters keinen Schutz verdient[8].

(anders I. 195, VI. 167, X. 10, XVIII. 28, XXXIV. 190, XXXV. 200, XXXVIII. 306); IV. 18; V. 118, vgl. XXXVI. 171; VI. 166; VII. 274, VIII. 25, XIII. 126, XIV. 143, XVIII. 126, XIX. 100, XXIV. 245, XXX. 38; VIII. 119 (anders III. 20, X. 146, XVI. 28); XII. 16, XVII. 201, XXXI. 193. 321; XXXIII. 115, [XLIII. 10 (Entsch. d. RG. XVIII S. 221), XLIII. 102] (vgl. Bl. für RAnw. zunächst in Bayern Ergänz.-Bd. zu Bd. 31 und 32 S. 340 fg., Reuling Jahrb. f. Dogm. X S. 358, Stobbe III § 166 Note 19 a. E.); XXXI. 23; XXXI. 217 und Cit. das., XXXII. 310, XXXIV. 105, XXXV. 106. 196, Entsch. d. RG. I S. 22. II S. 119 (vgl. Stobbe III § 166 Note 19, Kohler Annalen der Großh. Badischen Gerichte 1875 S. 339 fg. [Gesammelte Abhandlungen S. 62 fg.]); [Entscheid. d. RG. XVIII S. 242 (= Seuff. Arch. XLIII. 110), Seuff. Arch. XLV. 86]. Vgl. noch III. 20, VII. 18, XII. 274, XIII. 14. 242, XIV. 124, XXXV. 134, XXXVI. 45, XXXVII. 320, [XLII. 110. 290, XLIV. 13, XLV. 81]. Vgl. Seuff. Pand. § 258 Note 1.

[5] L. 71 § 1 D. de cond. 35. 1, l. 134 pr. l. 19 D. de V. O. 45. 1, l. 2 C. de inut. stip. 8. 38 [39], l. 97 § 2 D. de V. O. 45. 1; l. 61 eod., l. 4 C. de inut. stip. 8. 38 [39]. Vgl. I § 94 Note 13, III § 529 Note 4 a. E.; III § 564 Note 4. 5. Modificirend Ravit a. a. O. S. 64. Vgl. auch Note 8 a. E.

[6] So namentlich der Vertrag, durch welchen sich Jemand ein gebotenes Verhalten abkaufen läßt, l. 7 § 3 D. de pact. 2. 14 (I § 94 Note 12); ferner der Vertrag über die Erbschaft eines noch nicht Gestorbenen, l. 30 C. de pact. 2. 3 (vgl. l. 2 § 2 D. de vulg. 28. 6: „improbum esse Iulianus existimat eum, qui sollicitus est de vivi hereditate"). S. ferner l. 6. 7 D. de serv. exp. 18. 7 (— „viro bono non convenire credere, venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non fuisset"). Vgl. auch Seuff. Arch. VIII. 119 (anders III. 20, X. 146, XVI. 28), XVIII. 29, XXII. 215, XXXIII. 213. Abweichend Ravit a. a. O. S. 65.

[7] S. im Allgemeinen l. 6 C. de pact. 2. 3, l. un. § 16 C. de rei ux. act. 5. 13, Paul. sentent. III. 4 B § 2. Ueber hierher gehörige Bestimmungen der Reichsgesetze s. Mandry S. 409 fg. (358 fg.).

[8] Das Recht dient nicht Launen und frivolen Gelüsten. Jhering in einem 1878 erstatteten Rechtsgutachten, abgedruckt Jahrb. f. Dogm. XVIII S. 41 fg., will weiter gehen und rechtlichen Schutz auch versagen der „Geselligkeit" und der „Gefälligkeit". Ich weiß nicht, ob nicht die von Jhering angeführten Fälle hauptsächlich von der Art sind, daß man sagen muß, in denselben hätten die Parteien gar nicht die Absicht gehabt, einen bindenden Vertrag abzuschließen. Freilich erklärt Jhering es auch für ungültig, wenn Jemand sein Erscheinen in einer bestimmten Gesellschaft unter einer Conventionalstrafe versprechen wollte

5. Eine nähere Betrachtung macht noch nothwendig die Frage, ob ein Vertrag gültig auch zu Gunsten oder zu Lasten eines Dritten abgeschlossen werden kann, sowie die fernere Frage, ob der Vertrag zu seiner Gültigkeit der Angabe seines Grundes bedarf. Davon in den §§ 316—319.

Vertrag auf eine unmögliche Leistung*.

§ 315.

Ist die Unmöglichkeit eine bloß subjective[1], so thut sie der Gültigkeit des Vertrages keinen Eintrag[1]; der Schuldner muß statt der Leistung, welche ihm unmöglich ist, dem Gläubiger sein Interesse in Geld vergüten[2]. Daß der Schuldner bei der Eingehung des Vertrages die Unmöglichkeit nicht kannte, befreit ihn von dieser Verbindlichkeit nicht[3]. Ist die Unmöglichkeit eine objective, so ist der Vertrag

---

nach dem oben zu Note 5 bezeichneten Gesichtspunkt. Mir scheint Jhering darin zu weit zu gehen. — Wenn von Anderen gelehrt wird, ungültig sei der Vertrag, wenn der Gläubiger an der versprochenen Leistung kein Interesse habe, so ist zu fragen, ob ein vernünftiger Mensch sich etwas wird versprechen lassen, woran er kein Interesse hat. Es wird nur umgekehrt aus dem Mangel des Interesse geschlossen werden dürfen, daß gar nicht die Absicht gewesen ist, einen bindenden Vertrag abzuschließen. Vgl. § 251 Note 3 und § 316 Note 3, sowie die das. Citirten, dazu noch Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 73 fg.

* Literaturangaben bei § 264.

§ 315. [1] Stellen bei § 264 Note 3.

[2] Mommsen Lehre vom Interesse § 7—11, namentlich S. 90. 98 fg. Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. II S. 535. 536. Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 224 fg. Jhering das Schuldmoment im röm. Privatr. S. 46. Hartmann die Obligation S. 195—222; vgl. dazu Rümelin Gött. Gel. Anzeigen 1876 S. 950 fg., Mommsen Erörterungen II S. 87. Brinz 2. Aufl. II § 245. 246, [Dernburg II § 16.] Eine Ausnahme kann begründet werden durch die Natur des abgeschlossenen Vertrags, und gilt namentlich bei der Schenkung (§ 366 Ziff. 4). Vgl. § 264 Note 1. 4.

[3] So ist es namentlich ein anerkannter Satz, daß derjenige, welcher die Leistung einer fremden Sache verspricht, auf das Interesse haftet, ganz unabhängig davon, ob er die Sache für die seinige hielt oder nicht, und ob er im ersten Falle gute Gründe für seinen Glauben hatte oder nicht. S. u. A. l. 60 D. de evict. 21. 2, l. 17 C. de fide instr. 4. 21. Mommsen a. a. O. S. 74 fg. — Ich habe früher den Satz aufgestellt (Heidelb. krit. Zeitschr. II S. 108—110), der Versprechende hafte in dem Falle nicht, wenn vorher eine Möglichkeit der Leistung vorhanden gewesen, diese aber durch eine inzwischen eingetretene, ihm unbekannte Thatsache in eine Unmöglichkeit verkehrt worden sei, und in ähnlicher Weise hat sich Mommsen ausgesprochen (Beiträge zum Obligationenrecht II S. 12—21. III S. 407—410). Ich gebe diesen Satz jetzt auf. Denn sieht man auf den inneren Grund desselben, so ist dieser Grund doch kein anderer, als der, daß der Versprechende an einer Unkenntniß der angegebenen Art ganz besonders unschuldig sei — mehr, als an der Unkenntniß einer Unmöglichkeit, welche von Anfang an vorhanden gewesen ist. Aber dieß ist eben irrig. Die Unkenntniß einer die Möglichkeit in Unmöglichkeit verkehrenden Thatsache kann dem Ver-

ungültig; der Schuldner ist ebensowenig, wie zur Leistung des Unmöglichen, zur Leistung eines Geldäquivalentes verpflichtet[4]. Dieß ändert sich auch dadurch nicht, daß derjenige, welchem versprochen wird, die Unmöglichkeit ohne seine Schuld nicht gekannt hat[5], nicht

sprechenden viel mehr zur Last fallen, als die Unkenntniß einer Thatsache, welche die Möglichkeit von Anfang an ausgeschlossen hat, oder die nicht gehörige Werthschätzung der vorhandenen Thatsachen. Sieht man aber die Quellen, so ist der einzige Stützpunkt des aufgestellten Satzes die l. 55 D. de A. E. V. 19. 1. Diese Stelle beweist aber deßwegen nicht, weil in derselben durchaus nicht gesagt ist, daß der verkaufte apud hostes befindliche Sclave ohne Wissen des Verkäufers in feindliche Gewalt gerathen sei; sie läßt ohne alle Schwierigkeit auch die Auslegung zu, daß der Vertrag von beiden Seiten in vollkommener Kenntniß der Verhältnisse abgeschlossen worden sei, in der Erwartung oder für den Fall der Rückkehr des Sclaven. Vgl. l. 104 § 2 D. de leg. I° 30. S. auch Hartmann Obligation S. 202 fg. 209 fg. Jahrb. f. Dogm. XXII S. 435.

[4] Stellen bei § 264 Note 2. — Eine einzelne hierher gehörige Frage ist folgende. Nichtig ist der Vertrag über eine nicht existirende Sache (l. 15 pr. l. 57 pr. § 1 D. de contr. emt. 18. 1), nichtig der Vertrag über eine nicht existirende Erbschaft (l. 1. 7 D. de H. v. A. V. 18. 4) — nicht nichtig der Vertrag über eine nicht existirende Forderung (l. 4. 5 cod., l. 74 § 3 D. de evict. 21. 2; a. M. Schliemann Haftung des Cedenten S. 64, Seuff. Arch. XXIX. 231 — dagegen Römer Leistung an Zahlungsstatt S. 101 fg., Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 225 fg., Seuff. Arch. XXII. 35, vgl. XXX. 238). Wie erklärt sich das? Vgl. über die verschiedenen Ansichten: Mommsen Unmöglichkeit S. 134, Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. II S. 118, Brinz krit. Ueberschau V S. 297—299, Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 69—71, E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. § 300 Note 5, Hartmann a. a. O. S. 179 fg., Eisele Compensation S. 237, Mommsen Erörterungen II S. 89 Note 4, Lenel Jahrb. f. Dogm. XIX S. 235, Bechmann Kauf II S. 438. Vgl. auch § 397 Note 1.

[5] Eine Ausnahme macht das römische Recht für den Fall, wo Jemand einen freien Menschen irrigerweise als Sclaven gekauft hat. L. 70 D. de contr. emt. 18. 1, l. 34 § 2 eod., l. 4 D. quib. ad lib. 40. 13, l. 39 § 3 D. de evict. 21. 2, l. 2 C. de adsert. toll. 7. 17, l. 25 C. de evict. 8. 44 [45]. Vgl. § 7 I. de test. 2. 10, l. 1 C. eod. 6. 23. Einige unter den römischen Juristen gingen weiter und erklärten den Kauf einer jeden dem Verkehr entzogenen Sache bei Unwissenheit des Käufers für gültig, l. 4—6 pr. D. de contr. emt. 18. 1, § 5 I. de emt. 3. 23. Die entgegengesetzte Ansicht ist vertreten in l. 22—24 l. 34 § 1 l. 62 § 1 D. de contr. emt. 18. 1. Bei dem Widerstreite dieser Quellenaussprüche wird man annehmen müssen, daß sie sich gegenseitig aufheben, und daß somit für die Gültigkeit des Kaufes in dieser Ausdehnung kein Zeugniß vorhanden ist. So im Resultate auch Mommsen Unmöglichkeit § 13. Erörterungen II S. 92, Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. II S. 115—117. Andere halten umgekehrt an der Gültigkeit des Kaufvertrages fest; s. die bei Mommsen § 13 Note 1 Genannten und Brinz krit. Ueberschau V S. 295—296. 300—301 und Pand. S. 1651. 2. Aufl. II S. 127, Römer Leistung an Zahlungsstatt S. 86 fg., Arndts Pand. § 300 Anm. 7, Bernhöft Jahrb. f. Dogm. XIV S. 133 fg., Leonhard Zeitschr. f. Handelsr. XXVI S. 293 fg., Puntschart die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Privatr. S. 160 fg. Seuff. Arch. XXXII. 123. Hartmann a. a. O. S. 170 fg. 181 fg. nimmt Gültigkeit des Kaufvertrages in denjenigen Fällen an, wo bei der dem Verkehr entzogenen Sache eine ähnliche

einmal dadurch, daß der Versprechende sie gekannt hat[6]. Wohl aber ist der Versprechende, mag er die Unmöglichkeit gekannt haben oder nicht, wenn der Empfänger des Versprechens sie ohne seine Schuld nicht kannte, demselben zum Ersatz des Nachtheils verbunden, welcher ihm daraus erwachsen ist, daß er sich auf das Zustandekommen eines gültigen Vertrags verlassen hat[7]. Ist die Unmöglichkeit nur eine

Schwierigkeit richtigen Erkennens obwalte, wie bei dem als Sclaven verkauften Freien. Eine andere Unterscheidung bei Hesse Arch. f. civ. Pr. LXI S. 264 fg. Bechmann Kauf II S. 439 fg. nimmt für das römische Recht, wie hier, Widerspruch der Quellen an, gibt aber für das heutige der bejahenden Meinung den Vorzug. Vgl. noch Pfersche zur Lehre vom s. g. error in substantia S. 71 fg. — Viel weiter geht Savigny Obl. II § 81. Derselbe behauptet Gültigkeit des Kaufvertrags und anderer gleichartiger Geschäfte bei jeder dem Käufer unbekannten Unmöglichkeit. Diese Behauptung steht in offenbarem Widerspruch mit l. 15 pr. l. 57 pr. § 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 7 D. de H. v. A. V. 18. 4. [Nichtsdestoweniger schließt sich Dernburg II § 16 Note 13 Savigny an, indem er eine allmälige Entwickelung des röm. R. annimmt.] — Umgekehrt glaubt Jhering Jahrb. für Dogm. IV S. 63 fg., daß in den Quellen auch der Kauf eines freien Menschen bei Unwissenheit des Käufers nicht als ungültig anerkannt werde, indem er die betreffenden Stellen auf das s. g. negative Vertragsinteresse (Note 7) bezieht.

[6] L. 57 § 1 D. de contr. emt. 18. 1. Das Gegentheil nimmt Zimmermann (von Lübeck) Jahrb. f. Dogm. XIII S. 390 fg. bei bonae fidei contractus an, indem er sogar dem Wissen des Versprechenden das Wissenmüssen gleichstellt — ohne Versuch eines Quellenbeweises und ohne Versuch, die entgegenstehenden Quellenzeugnisse (s. auch l. 15 pr. l. 34 § 1 D. de contr. emt.) zu beseitigen. S. auch Hartmann a. a. O. S. 186.

[7] Das s. g. negative Vertragsinteresse (§ 307 Note 5), z. B. der Käufer hat sich durch den Kauf bestimmen lassen, von einem andern Kaufe abzustehen, von welchem er Vortheil gehabt haben würde. Der Unterschied dieses Interesses von dem Erfüllungsinteresse, d. h. Demjenigen, was der Gläubiger gehabt haben würde, wenn ihm die versprochene Leistung gemacht worden wäre, liegt auf der Hand. — Der Satz, welcher im Texte aufgestellt worden ist, wird von der herrschenden Meinung nicht anerkannt. Die herrschende Meinung gewährt dem Gläubiger einen Entschädigungsanspruch nur bei Arglist (und grober Nachlässigkeit) des Versprechenden (so auch Mommsen a. a. O. S. 109, Erörterungen II S. 36 fg. 87 fg. [abgesehen von der möglicherweise begründeten actio mandati, vgl. § 307 Note 5], Brinz a. a. O. S. 291. 299. Pand. S. 1652. 2. Aufl. II S. 128. 129, Ube a. a. O. S. 258 fg.), und ich selbst habe mich früher in diesem Sinne ausgesprochen. Die herrschende Meinung ist bekämpft worden von Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 1 fg. (1861); demselben folgt in Allem Vangerow in der neuesten Auflage I Anm. zu § 109. Auch ich halte jetzt an der herrschenden Ansicht nicht mehr fest. Ich glaube nicht, daß es möglich ist, gegenüber l. 8 § 1 D. de rel. 11. 7, l. 62 § 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 8. 9 D. de H. v. A. V. 18. 4 aufrecht zu halten. Die Annahme, daß in diesen Stellen Arglist des Versprechenden vorausgesetzt werde, ist willkürlich; auch die l. 21 pr. D. de A. E. V. 19. 1 macht die Annahme von Arglist nicht nöthig. (Besondere Erklärungen von l. 8 § 1 cit. bei Pfersche zur Lehre von dem s. g. error in substantia S. 75 fg. und Puntschart a. a. O. S. 167 fg.) [Zu l. 62 § 1 cit. vgl. Gai. I. 190, l. 9. 44 D. de min. 4. 4.] Wenn ich aber in der Sache selbst

theilweise, so ist auch der Vertrag nur theilweise ungültig[8]; es müßte denn der Vertragswille auf den jetzt noch möglichen Theil der Leistung gar nicht gerichtet gewesen sein[9]. Kenntniß der Unmöglichkeit verpflichtet aber in diesem Fall den Versprechenden zur Leistung des vollen Erfüllungsinteresse[10]. Hinterheriger Wegfall der Unmöglichkeit macht den Vertrag nur dann gültig, wenn dieser Wegfall in der Natur der Unmöglichkeit begründet, nicht wenn er zufällig ist[11].

Vertrag auf Leistung an einen Dritten*.

§ 316.

Ist gültig der Vertrag auf Leistung an einen Dritten? Diese Frage hat einen doppelten Sinn. 1) Kann durch einen solchen Ver=

---

mit Ihering einverstanden bin, so doch nicht in der Construction des aufgestellten Satzes. Ihering gründet denselben auf die Verschuldung des Contrahenten. Nach dieser Construction müßte man denselben also freilassen, wenn ihm aus seiner Nichtkenntniß der Unmöglichkeit ein Vorwurf nicht gemacht werden kann; davon aber enthalten die Quellen nichts. Auch will Ihering dieß nicht; denn, sagt er, schon darin liegt eine Verschuldung, daß Jemand contrahirt, ohne seiner Sache völlig gewiß zu sein (S. 36). Aber das heißt doch nichts Anderes, als: man ist in Verschuldung, wenn man versprochen hat in der Annahme einer Möglichkeit, wo eine Unmöglichkeit vorliegt. Es wird hier Verschuldung genannt, was möglicherweise ganz unverschuldet sein kann. (Die hauptsächlichen hier in Betracht kommenden Stellen aus Ihering's Aufsatz sind: S. 26. 29. 34. 40. 41. 42. 52. 60—62.) Die Construction, welche ich für die richtige halte, ist bei § 307 Note 5 angegeben. Für die Verpflichtung zum Ersatz des negativen Vertragsinteresse Seuff. Arch. XXX. 238, wo aber mit Recht der Fall ausgenommen wird, wo der Irrthum des Promissars Rechtsirrthum ist.

[8] Mommsen a. a. O. § 17—19 und dazu Windscheid a. a. O. S. 119—126; auch Mommsen S. 411—413.

[9] Hat derjenige, welcher ein Haus versprochen hat, auch die Brandstätte versprechen wollen, welche zur Zeit des Versprechens allein noch vorhanden war? L. 1 § 9 D. de O. et A. 44. 7, l. 57 § 1 D. de contr. emt. 18. 1.

[10] L. 57 § 1 cit. — Eine nicht hierher gehörige, obgleich verwandte Frage ist es, inwiefern bei Verträgen auf Leistung gegen Gegenleistung, wenn bei Eingehung des Vertrages die Leistung beinahe unmöglich ist, gegen den noch möglichen Theil derselben ein entsprechender Theil der Gegenleistung verlangt werden kann. S. darüber § 321 Note 21.

[11] § 2 I. de inut. stip. 3. 19, l. 83 § 5 D. de V. O. 45. 1. Vgl. l. 35 § 1 eod. Mommsen a. a. O. § 16, Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 123 fg.

* Beseler Lehre von den Erbverträgen II. 1 S. 71—83 (1837). deutsch. Privatr. § 120 (3. Aufl. § 102) Nr. III (1853. 1866. 1873). Strippelmann Entscheidungen des OAG. zu Cassel V S. 1 fg. (1848). Buchka die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen (1852). Busch Doctrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter (1860). Bähr Jahrb. für Dogm. VI S. 131 fg. (1862). Zaun Arch. für prakt. RW. N. F. I S. 42 fg. (1864). Unger Jahrb. f. Dogm. X S. 1 fg. (1869). Dazu Regelsberger krit. VJSchr. XI S. 559 fg. (1869). Gareis die Verträge zu Gunsten Dritter. Würzburg 1873. Dazu Pfaff in Grünhut's Zeitschr. I S. 212 fg. und

trag ein Forderungsrecht auf die versprochene Leistung für den Empfänger des Versprechens begründet werden? 2) Kann ein Forderungsrecht für den Dritten begründet werden?

1. Die erste Frage ist unbedingt zu bejahen; es kommt nur darauf an, ob der Vertrag wirklich in dem Sinne geschlossen worden ist, daß der Empfänger des Versprechens forderungsberechtigt werden soll. Ist dieß der Fall, so entsteht deßwegen nicht weniger ein Forderungsrecht für ihn, weil die zu machende Leistung an den Dritten gemacht werden soll. Die an den Dritten zu machende Leistung ist in der That eine Leistung für ihn; sein Interesse geht eben darauf, daß nicht an ihn, sondern an den Dritten geleistet werde; in der Person des Dritten wird ihm selbst geleistet[1]. Von welcher Art das Interesse ist, welches er daran hat, daß an den Dritten geleistet werde, ist nach heutigem Recht gleichgültig; namentlich ist es nicht erforderlich, daß dieses Interesse eigennütziger Art sei, es kann seinen Grund auch in reinem Wohlwollen gegen den Dritten haben[2]. Hat aber derjenige, welchem das Versprechen gegeben wird, gar kein irgendwelches Interesse, daß an den Dritten geleistet werde, so ist auch nicht anzunehmen, daß er ein Forderungsrecht auf Leistung an denselben habe erwerben wollen; es liegt dann nicht sowohl ein Vertrag vor, als eine juristisch gleichgültige Beredung[3].

Stobbe Zeitschr. f. Handelsr. XIX S. 300 fg. Siegel das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heut. Recht S. 142—159 (1873). E. Zimmermann Stellvertretende Negotiorum Gestio S. 61 fg. (1876). Karlowa das Rechtsgeschäft S. 69 fg. (1877). Stobbe deutsch. Privatr. III § 172 (1878). Regelsberger in Endemann's Handbuch des Handelsr. II S. 473 fg. (1882). Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 70 fg. (1883). Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLVII S. 1 fg. (1884). Bähr das. S. 157 fg. [E. Danz die Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung und die Verträge zu Gunsten Dritter nach gem. R. S. 117—152 (1886).] Vangerow I § 608 Anm. I, Brinz 1. Aufl. § 374. 375. Hasenöhrl Oester. Privatr. § 33—35.

§ 316. [1] Beispiele: l. 38 § 20—23 D. de V. O. 45. 1, § 20 I. de inut. stip. 3. 19, l. 3 C. de inutil. stip. 8. 38 [39].

[2] S. § 251 Note 3 und im Besonderen die daselbst citirten Aufsätze von Heyer. Ueber das römische Recht s. die daselbst genannten Stellen, namentlich l. 38 § 17 D. de V. O. 45. 1 (§ 19 I. de inut. stip. 3. 19): — „ceterum ut alii detur, nihil interest mea". Aber vgl. auch l. 13 pr. D. de pign. act. 13. 7 (Dernburg Pfandrecht II S. 234) in Verbindung mit den Stellen in § 258 Note 19.

[3] Z. B. Jemand redet einem Freunde zu, er möge seine Schulden bezahlen, und dieser erklärt endlich: Gut, ich verspreche dir, morgen Alles zu bezahlen, was ich schuldig bin (Bähr Jahrb. VI S. 133). Hier hat sich weder der Versprechende verbindlich machen wollen, noch hat der Empfänger des Versprechens Gläubiger werden wollen. — Drückt man das im Texte Gesagte so aus: der Vertrag sei ungültig, wenn der Empfänger des Versprechens kein Interesse daran habe, daß

2. Ist die Absicht des Vertrages darauf gerichtet, den Dritten forderungsberechtigt auf die versprochene Leistung zu machen, so liegt ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten vor[3a]. Den Vertrag zu Gunsten eines Dritten erklärt das römische Recht im Princip für ungültig[4]; nur in einer Reihe von ausgenommenen Fällen läßt es aus demselben ein Forderungsrecht für den Dritten entstehen. Diese Fälle sind folgende[4a]:

a) wenn bei einer Schenkung dem Beschenkten eine Herausgabe an einen Dritten auferlegt wird[5];

---

eine Leistung an den Dritten gemacht werde, so erweckt man die Vorstellung, als müsse da, wo der Gläubiger- und Schuldnerwille feststeht, noch erst ein besonderes Interesse des Gläubigers nachgewiesen werden, und diese Vorstellung ist sehr unrichtig. S. § 314 Note 8. Wenn ich nicht irre, ist es derselbe Gedanke, welchen Bähr Jahrb. VI S. 136 fg. so ausdrückt: der Empfänger des Versprechens erwerbe ein Forderungsrecht dann, wenn „die Causalbeziehung des Versprechens (das warum? aus welchem versprochen wird) in dem Verhältnis des Promittenten zum Promissar (nicht zu dem Dritten) gelegen [sei]". Es scheint mir nicht, daß durch diese Formulirung das Verständniß gefördert wird. Vgl. jetzt Bähr Arch. f. civ. Pr. LXVII S. 160 Note 2. Vgl. auch Beseler Erbvertr. S. 75. deutsch. Privatr. S. 486 (411), Busch S. 41.

[3a] Man spricht zwar wohl auch in dem Falle von einem Vertrage zu Gunsten eines Dritten, wo die Absicht des Vertrages nur darauf gerichtet ist, den Empfänger des Versprechens zum Gläubiger zu machen. Aber das ist ungenau, und eine Ungenauigkeit des Sprachgebrauchs sollte in dieser vielbestrittenen Materie doppelt sorgfältig vermieden werden.

[4] L. 11 D. de O. et A. 44. 7. „Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt, et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus". L. 1 C. per quas pers. 4. 27 (I § 73 Note 4). L. 126 § 2 D. de V. O. 45. 1, l. 73 § 4 D. de R. I. 50. 17, l. 19 l. 26 C. de I. D. 5. 12. L. 26 cit. „Si genero dotem dando pro filia pater communis eam reddi tibi extraneo constituto stipulatus est, nec sibi cessante voluntate, nec tibi prohibente iure quaerere potuit actionem"

[4a] Vgl. auch Bekker Zeitschr. der Sav.-Stift. III S. 8 fg.

[5] L. 3 C. de don. quae sub modo 8. 54 [55]. Die Vorschrift ist von Diocletian und Maximian, aus dem Jahre 290, beruft sich jedoch auf Entscheidungen früherer Kaiser. Uebrigens wird diese Stelle sehr verschieden aufgefaßt. a) Es wird behauptet, daß sie dem Dritten nicht sowohl ein Forderungsrecht auf Erfüllung der Auflage, als vielmehr ein Forderungsrecht auf Rückgabe der Schenkung wegen Nichterfüllung der Auflage gebe. So Erxleben cond. sine causa II S. 300—310. Andere gewähren die Rückforderung wenigstens neben der Forderung auf Erfüllung, Meyerfeld Lehre von den Schenkungen I S. 422. Dagegen Savigny Syst. IV S. 284—286. Windscheid Voraussetzung S. 174, Buchka Stellvertretung S. 114, Schmid Grundlehren der Cession I S. 449—453. Unger S. 33 fg. b) Es wird behauptet, daß der Dritte kein selbständiges Forderungsrecht auf Erfüllung habe, sondern ein von dem Schenkenden (durch fingirte Cession) abgeleitetes. So Mühlenbruch Cession S. 97 fg., Meyerfeld a. a. O., und namentlich Schmid a. a. O. Dagegen Savigny, Buchka,

b) wenn bei der Bestellung einer Dos für die Frau dem Empfänger die Herausgabe der Dos an die Frau oder deren Descendenten auferlegt wird[6];

c) wenn die Sache eines Dritten hinterlegt oder geliehen wird mit der Auflage, sie nicht dem Hingebenden, sondern dem Dritten herauszugeben[7];

d) wenn Jemandem etwas mit der Auflage übergeben wird, es einem Dritten zu überbringen[7a];

e) wenn der verkaufende Pfandgläubiger zu Gunsten des Eigenthümers Wiederauflösung des Kaufvertrages für den Fall der Rückgabe des Kaufgeldes bedingt[8];

Windscheid a. a. OO. (s. Letzteren auch in der Schrift über die Actio ꝛc. S. 129), ferner Unger a. a. O. Diese Frage wiederholt sich für die im Folgenden genannten Fälle. Vgl. unten § 316a Ziff. 2.

[6] L. 45 D. sol. matr. 24. 3, l. 7 C. de pact. conv. 5. 14. Die letztere Stelle ist von Diocletian und Maximian aus dem Jahre 294. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß die Pandektenstelle interpolirt sei. Die beiden Schlußsätze „sed dicendum est“ und „sed permittendum est“ scheinen kaum von dem gleichen Verfasser herrühren zu können. S. übrigens auch l. 43 § 1 l. 59 § 2 D. de I. D. 23. 3. Vgl. auch Schmid a. a. O. S. 453—460, Unger S. 37 fg., Bechmann röm. Dotalrecht II S. 153, Czyhlarz röm. Dotalrecht S. 441—442, Karlowa Rechtsgeschäft S. 70 fg.

[7] L. 8 C. ad exh. 3. 42. Die Stelle ist von Diocletian und Maximian aus dem Jahre 293. S. auch l. 19 C. de usuris 4. 32. Vgl. Ihering Jahrb. f. Dogm. II S. 116—120, Schmid a. a. O. I S. 439—445, Dernburg Pfandrecht I S. 155—157, Unger S. 46 fg., auch zu l. 19 cit. Kohlmann Jahrb. f. Dogm. XVII S. 317 fg. [O. Geib, die Person des pignoraticisch Berechtigten und pignoraticisch Verpflichteten nach röm. R. (1884) S. 44 fg. stellt unter denselben Gesichtspunkt auch l. 2 C. si pignus pignori 8. 23 [24] und c. 6 X. de pign. 3. 21: der Verpfänder kann die verpfändete Sache von demjenigen zurückfordern, welchem der Pfandnehmer weiter verpfändet hat.]

[7a] Dieser Fall ist bereits in der classischen Jurisprudenz anerkannt, unter Verwerthung des Gesichtspunkts der negotiorum gestio. L. 5 § 4 [6 § 2] D. de neg. gest. 3. 5. „Si quis pecuniam vel aliam quandam rem ad me perferendam acceperit, quia meum negotium gessit, negotiorum gestorum mihi actio adversus eum competit“. Vgl. § 431 Note 7. Die Verpflichtung zur Herausgabe an den Dritten wird also nicht auf das dem Uebergebenden geleistete Versprechen gegründet, sondern auf die Thatsache des Ansichnehmens in der Absicht der Herausgabe. Insofern gehört also dieser Fall eigentlich nicht hierher (vgl. Unger S. 46 Note 55, auch Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. X S. 219 fg.). Aber aus dem gleichen Grunde würde auch der Fall zu c, ja würden streng genommen auch die Fälle zu a und b nicht hierher gehören, und immerhin ist der mit dem Uebergebenden geschlossene Vertrag die Erscheinungsform, in welcher der animus alienum negotium gerendi hervortritt. Gareis S. 130 spricht davon, daß (im Fall der l. 5 § 4 [6 § 2] cit.) der Empfänger Stellvertreter des Dritten sei, und daher dieser ein Klagerecht nur durch Genehmigung erlangen könne — ich verstehe das nicht (der Schuldner Stellvertreter des Gläubigers? Eine Rechtfertigung versucht Scherer Jahrb. f. Dogm. XX S. 189 fg. Aber es handelt

f) wenn Jemand sich etwas für seine Erben[9] oder einen seiner Erben[10] versprechen läßt;

g) wenn ein Vermögensverwalter sich etwas für den Herrn des Vermögens versprechen läßt[11].

Außerdem wurde das römische Princip für gewisse Fälle durch

---

sich ja hier um das juristische, nicht um das nationalökonomische Wesen der Sache. [Kohler Jahrb. f. Dogm. XXV S. 125.]

[8] L. 13 pr. D. de pign. act. 13. 7, vgl. l. 7 § 1 D. distr. pign. 20. 5. Für diese Ausnahme bietet sich die Anlehnung dar, daß jedenfalls der Dritte nach dem Rechte der auflösenden Bedingung als Eigenthümer auftreten kann („debitor .·. . vindicare rem poterit"), warum sollte ihm da nicht erlaubt werden, sich auf den Vertrag zwischen Verkäufer und Käufer zu berufen („aut in factum actione adversus emtorem agere")? Zur Noth ließe sich übrigens auch hier das Recht der negotiorum gestio verwerthen. Vgl. noch Schmid Grundlehren der Cession I S. 460 fg., Unger S. 27 fg. [Geib in der Note 7 genannten Schrift S. 23 fg.]

[9] Nach der Vorschrift Justinian's in der l. un. C. ut act. et ab. her. 4. 11, während im früheren Recht der Grundsatz galt: ab heredis persona obligationem (actionem) incipere non posse, l. un. cit. und Gai. III. 100. 117. 158. Scheurl Beiträge I Nr. 3 hat hat die Ansicht aufgestellt, daß die l. un. cit. die bezeichnete Vorschrift nicht enthalte, daß vielmehr Justinian in derselben nur die Vorschrift der l. 11 C. de contr. stip. 8. 37 [38], wonach es erlaubt sein soll, sich etwas für die Zeit nach seinem Tode versprechen zu lassen, habe wiederholen und gegen Anfechtung sichern wollen. Die Sache ist nicht unzweifelhaft (vgl. auch § 13 I. de inut. stip. 3. 19); doch scheint mir die Bestimmtheit der Verfügung in l. un. cit. gegen die Scheurl'sche Ansicht zu sprechen. Jedenfalls konnte man sich bereits nach classischem Recht für sich und seine Erben selbst dann mit Wirksamkeit versprechen lassen, wenn das Forderungsrecht nicht vererblich war, in welchem Falle doch in der That eine Obligation für die Erben begründet wurde — l. 38 § 12. 14 l. 137 § 8 D. de V. O. 45. 1 (vgl. l. 13 C. de contr. stip. 8. 37 [38]), l. 33 D. de pact. 2. 14 (pactum de non petendo in personam). Seuff. Arch. XXVI. 178.

[10] Die Beschränkung auf einen der Erben war bereits nach klassischem römischen Recht in dem Falle, wo nach demselben überhaupt eine Obligation für den Erben begründet werden konnte (Note 9), zulässig, l. 33 D. de pact. 2. 14, l. 137 § 8 D. de V. O. 45. 1 (vgl. l. 56 § 1 eod.). Nach Scheurl's Ansicht (Note 9) nach welcher auch nach Justinianischem Recht der Vertrag immer auf die Person des Erblassers mit gestellt werden muß, ist eine Beschränkung auf einen der Erben nur bei Unvererblichkeit der Forderung zulässig. — Vgl. über das in dieser und in der vorigen Note Gesagte noch Buchka Stellvertret. § 8, Dernburg Heidelb. krit. Zeitschr. I S. 3—5, Vangerow III S. 311. 312, Unger S. 40 fg., K. Schmidt Arch. f. civ. Pr. XII S. 321 fg.

[11] L. 5 § 9 D. de pec. const. 13. 5, l. 10 § 2 l. 28 § 1 de pact. 2. 14. Unger S. 6 Note 6 und Gareis S. 131 nehmen in l. 5 § 9 cit. einen Fall der Stellvertretung an; die Art und Weise, wie die Stelle sich ausdrückt, paßt dazu nicht. In der ersten der Stellen aus dem Titel de pactis wird dem Vermögensherrn nicht pacti, sondern doli exceptio gegeben (vgl. l. 17 § 5 l. 25 § 2 eod.). Das heißt: er kann sich nicht berufen auf den von dem Gläubiger geschlossenen Vertrag, sondern auf dessen einseitige Willenserklärung. Die Stellen gehören daher nur in demselben Sinn hierher, wie der Fall zu d.

ein anderes Princip unanwendbar gemacht, das Princip nämlich, daß der Gewaltunterworfene Erwerbsorgan des Gewalthabers ist[12].

In Deutschland haben aber Doctrin und Praxis von jeher weiter gedrängt[13]. Es ist dieß eine Thatsache, welche nicht unbeachtet ge-

[12] Daher konnte sowohl der Gewaltunterworfene sich für den Gewalthaber, als der Gewalthaber sich für den Gewaltunterworfenen gültig versprechen lassen; der Stipulant machte im ersten Falle den Gewalthaber, im zweiten Falle durch die Person des Gewaltunterworfenen sich selbst zum Gläubiger, § 4 I. de inut. stip. 3. 19, l. 38 § 17 l. 39 l. 45 pr. l. 56 § 3 l. 130 D. de V. O. 45. 1, l. 2 C. de contr. stip. 8. 37 [38]. Der Gewalthaber konnte sich aber für den Gewaltunterworfenen nur Dasjenige gültig versprechen lassen, was er durch denselben wirklich erwarb, l. 130 cit. Doch ging man so weit, die Stipulation: post mortem meam filiae dari für gültig zu erklären, l. 45 § 2 D. de V. O. 45. 1, l. 9. l. 23 D. de pact. dot. 23. 4. Vgl. Unger S. 38 Note 46. — Das römische Recht gilt auch heutzutage noch für den Erwerb ex re patris. Vgl. § 516 Ziff. 3.

[13] Ueber das 16., 17. und 18. Jahrhundert s. die Nachweisungen bei Buchka Stellvertretung S. 158 fg., und vgl. auch Delbrück die Uebernahme fremder Schulden S. 81—107, Gareis S. 62 fg. Seit dem Anfang des 19. Jahrhunderts ist in der Doctrin eine Reaction zu Gunsten des reinen römischen Rechts eingetreten, s. namentlich Buchka a. a. O. S. 187—202, Savigny Obl. II § 59 und die Lehrbücher von Puchta § 256. 273b, Arndts § 246, Keller S. 461—462, Sintenis § 102 Anm. 3 und 4, Vangerow 7. Aufl. III S. 295—296, Brinz S. 1626 fg., Wächter Württ. Privatr. II S. 683 (anders Pand. II S. 390); die neueste Literatur aber zeigt wieder eine rückläufige Bewegung, welche namentlich durch Bähr, Unger, Gareis, Regelsberger, Siegel vertreten wird. Was die neuere Praxis angeht, so haben sich für principielle Anerkennung des Forderungsrechts des Dritten ausgesprochen die Oberappellationsgerichte zu Cassel (Seuff. Arch. III 31. 32. 34 und in dem Anhang der bei * citirten Schrift von Busch die Nummern 1. 3. 4. 6—8. 10. 12—15), Dresden (Seuff. Arch. III. 312, VI. 21, XVI. 38, Busch Nr. 16—21), Darmstadt (Seuff. Arch. VIII. 29, X. 152, Busch Nr. 37—39, s. aber auch Seuff. Arch. XX. 220), Rostock (Seuff. Arch. XXXIII. 12, anders Entscheidungen rc. IX S. 66), das OAG. und der Cassationshof zu Wolfenbüttel (Seuff. Arch. XI. 133, XII. 142, XIV. 131, XVI. 182, Busch Nr. 40. 41. 43), und die Spruchcollegien zu Leipzig (Busch Nr. 22), Rostock (Seuff. Arch. XIX. 33) und Göttingen (Seuff. Arch. XXIII. 219). Für einzelne Fälle gehen über das römische Recht hinaus das OAG. zu Wiesbaden (Seuff. Arch. X. 33, XXI. 37) und das OAG. zu Celle (Seuff. Arch. V. 299, XVIII. 128, XIX. 135, XXI. 40, XXXIV. 192, XXXV. 280), welches letztere Gericht im Uebrigen principiell an dem römischen Rechte festhält; s. auch das. XIV. 3, XXXII. 254. Für principielles Festhalten am römischen Recht haben sich ferner ausgesprochen die Oberappellationsgerichte zu Kiel (Seuff. Arch. IX. 18, Busch Nr. 44), Lübeck (Seuff. Arch. XI. 83, Busch Nr. 35), Berlin (Seuff. Arch. XXVII. 17, s. aber auch das. XXIV. 217), und namentlich das OAG. zu Jena (Seuff. Arch. VII. 22. 23, XXI. 38, XXXII. 218. 219, Busch Nr. 23. 24. 26), jedoch ist dieses letztere Gericht sich nicht constant geblieben (Seuff. Arch. II. 213, VIII. 30, Busch Nr. 25. 27. 30). Zweifelnd spricht sich aus das Urtheil des OT. zu Stuttgart bei Seuff. Arch. XV. 214, vgl. auch VII. 273, andererseits XXIV. 155. Vgl. auch das. XIX. 135. Vgl. Gareis S. 184 fg., Pfaff S. 219.

lassen werden darf, in welcher vielmehr der Zug eines modernen Rechtsbewußtseins anerkannt werden muß. In welchem Umfange jedoch dieser Zug zu einer Umänderung des geltenden Rechts geführt hat, ist eine schwierige und bestrittene Frage. Angesichts des Bildes, welches nach Note 13 die neuere Praxis gewährt, darf ein Gewohnheitsrecht[14] des Inhalts, daß der Vertrag zu Gunsten eines Dritten unbedingt gültig sei (dem Dritten ein Forderungsrecht gewähre), nicht behauptet werden. Nicht zu weit gegangen aber erscheint es, ein solches Gewohnheitsrecht für diejenigen Fälle anzunehmen, in welchen die zu Gunsten des Dritten versprochene Leistung die Natur einer Gegenleistung für eine dem Versprechenden von dem Versprechensempfänger gemachte Vermögenszuwendung hat[15].

[14] Nur um ein Gewohnheitsrecht kann es sich hier handeln. Daß durch eine gesetzliche Bestimmung eine Aenderung des gemeinen Rechts eingeführt worden sei, ist noch von Niemandem behauptet worden.

[15] Vermögenszuwendung — die aber nicht nothwendigerweise eine Liberalität zu sein braucht. Aus dem modernen Rechtsleben kommen hier vorzugsweise in Betracht a) die bäuerlichen Gutsübergaben mit Ausmachung einer Abfindung für die Geschwister oder andere Personen, b) die Erbverträge mit Auflagen zu Gunsten Dritter, c) die Lebensversicherungen und Spar- und Versorgungskasseneinkäufe zu Gunsten Dritter, d) die Schuldübernahme bei Verkauf oder sonstiger Uebergabe von Immobilien und bei Geschäftsabtretungen. Für den ersten Fall hat auch das OAG. zu Jena ein Forderungsrecht des Dritten anerkannt (Seuff. Arch. II. 13, Busch Nr. 27, anders freilich das. Nr. 26); s. außerdem die Plenarbeschlüsse des Geh. Obertribunals zu Berlin vom 22. Juni und 25. August 1846 (Seuff. Arch. I. 78, III. 90, Busch Nr. 32) und das Urtheil des OAG. zu Berlin vom 28. September 1867 (Seuff. Arch. XXI. 224). Für den zweiten Fall wird dem Dritten ein Forderungsrecht selbst von Solchen zugestanden, die sonst principiell am römischen Recht festhalten, so von Buchka S. 194 fg., vgl. auch Hartmann Erbverträge S. 37 fg. 40 fg. und die Urtheile der OAGerichte zu Lübeck bei Seuff. Arch. VII. 68, XXIII. 220, und zu Celle, das. V. 229, XXXII. 255. S. auch XXIX. 249. Ueber den dritten Fall vgl. Gareis S. 275 fg. und Seuff. Arch. XXIII. 221, XXIV. 155, auch HGB. Art. 785. 786. Was den Fall der Schuldübernahme angeht, so ist im gegebenen Fall vor Allem darauf zu sehen, ob wirklich die Absicht vorliegt, daß der Dritte (der Gläubiger) Gläubiger des Uebernehmenden werden soll, oder ob die Uebernahme nur in dem Sinn des Eingehens einer persönlichen Verpflichtung gegenüber dem Schuldner geschieht. Wenn es sich von selbst versteht, daß von einem Vertrage zu Gunsten eines Dritten nur in dem ersten Fall geredet werden darf, so ist doch auch in ihm die Annahme eines Vertrages zu Gunsten eines Dritten zur Construction des Schuldüberganges nicht nöthig, s. § 338. Vgl. aus der Praxis Seuff. Arch. XXI. 38 und Citate das., XXI. 39—41, XXIII. 219, XXVII. 17, XXXII. 219, XXXIII. 146. [Entsch. d. RG. XVII S. 96.] — Die im Text aufgestellte Regel soll nicht exclusiv sein; sie will die Frage offen lassen, ob nicht auch in einzelnen der nicht von der Regel begriffenen Fälle sich eine constante Rechtsübung für das Forderungsrecht des Dritten nachweisen läßt. — Bähr, Regelsberger, Gareis fassen die Regel weiter: der Dritte soll ein Forderungsrecht in allen Fällen erwerben, in welchen der Bestimmungsgrund des Ver-

§ 316a.

Wie ist der Vorgang der Erzeugung eines Forderungsrechts für den Dritten durch den zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrag näher zu denken?[1] Diese Frage hat nicht bloß theoretische, sondern auch praktische Bedeutung. Denn nur aus der Erkenntniß der Natur jenes Vorganges lassen sich die näheren Regeln für den Vertrag zu Gunsten des Dritten gewinnen. Es sind verschiedene Wege der juristischen Construction eingeschlagen worden.

1. Die früher herrschende[2] Construction, welche auch jetzt noch von Manchen festgehalten wird[3], war die, daß man ein Forderungsrecht für den Dritten aus dem zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrag nicht unmittelbar, sondern erst durch seine Acceptation, also aus einem neuen durch ihn mit dem Versprechenden abgeschlossenen Vertrag, entstehen, bis zur Acceptation aber den Versprechenden durch den abgeschlossenen Vertrag gebunden sein ließ. Diese Construction genügt dem Parteiwillen nicht. a. Sie genügt dem Parteiwillen nicht in ihrer gewöhnlichen Gestalt, nach welcher eine Gebundenheit des Versprechenden bloß dem andern Vertragschließenden gegenüber angenommen wird. Denn aus dieser Gebundenheit folgt nur, daß der Versprechende die abgegebene Schuldnererklärung nicht zurücknehmen darf, nicht aber, daß er sie nicht zurücknehmen kann. Nimmt er sie

---

sprechens zu Gunsten des Dritten aus dem Verhältniß des Versprechenden zum Versprechensempfänger hergenommen ist. Unger erklärt für das entscheidende Moment, daß der Vertrag um des Interesse des Dritten willen abgeschlossen worden, Busch die Absicht, ihm eine Liberalität zu erweisen. Siegel verlangt nichts, als eine dem Dritten zum Vortheil gereichende Leistung. Umgekehrt will Stobbe nicht über die drei ersten der oben genannten Fälle hinausgehen.

§ 316a. [1] Es bedarf kaum der Bemerkung, daß in die Construction des Vertrages zu Gunsten eines Dritten nicht die Kategorie der Stellvertretung eingemischt werden darf. Dieß ist namentlich in früherer Zeit vielfach geschehen (s. d. Nachweisungen bei Buchka a. a. O.), und kommt auch heutzutage noch vor. Und doch liegt der Unterschied auf der Hand. Wer einen Vertrag zu Gunsten eines Dritten abschließt, handelt in eigenem Namen, wer einen Vertrag als Stellvertreter abschließt, handelt in fremdem Namen. Jener will durch seine Handlung eine Wirkung für einen Andern erzeugen, dieser will, daß statt seiner ein Anderer als vertragschließend gedacht werden soll. Vgl. noch Gareis S. 34 fg., Zimmermann S. 61 fg. Andererseits ist es richtig, daß, wie scharf auch der Unterschied begriffsmäßig ist, er sich im Leben leicht verwischen wird, und nicht bloß im Ausdruck (vgl. I § 73 Note 15), sondern auch im Willen der Parteien. Ueber die Frage, was im Zweifel als gewollt anzunehmen ist, s. Brinz S. 1628, Gareis S. 101 fg. Jeden Unterschied leugnet frischweg Ogonowski die Geschäftsführung ohne Auftrag nach österr. R. (Lemberg 1867) S. 96 fg.

[2] S. Gareis S. 62 fg.

[3] So namentlich von Beseler, Busch, Wächter (Pand. II S. 390). S. auch Platner Arch. f. civ. Pr. L S. 220 fg.

dennoch zurück, so liegt darin ein Vertragsbruch gegenüber dem anderen Vertragschließenden; aber deßwegen ist es nicht weniger wahr, daß der Dritte eine zu acceptirende Schuldnererklärung nicht mehr vorfindet und daher durch seine Acceptation Gläubiger nicht werden kann[4]. b. Man muß also nothwendig weiter gehen und annehmen, daß der Versprechende nicht bloß verpflichtet sei, bei seiner Willenserklärung zu beharren, sondern daß das Recht seinen Rücktritt für nicht geschehen erkläre[5]. Aber auch in dieser Gestalt wird die Construction dem Willen der Parteien nicht gerecht. Denn dieselben wollen eben nicht, daß ein Forderungsrecht für den Dritten erst durch einen an ihren Vertrag sich anschließenden, durch die Acceptation des Dritten zu Stande kommenden neuen Vertrag entstehen soll, sie wollen, daß der Dritte Gläubiger durch ihren Vertrag unmittelbar werden soll.

2. Eine andere in der neueren Zeit aufgestellte Construction läßt ein Forderungsrecht für den Dritten aus dem zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrag zwar unmittelbar, ohne Acceptation von seiner Seite, entstehen, betrachtet aber dieses Forderungsrecht als die Erstreckung eines andern aus dem Vertrage zunächst zu Gunsten des Versprechensempfängers entstandenen, auf den Dritten durch stillschweigende Cession[6] oder Ermächtigung[7] übergegangenen Forderungsrechts. Auch diese Construction thut dem Parteiwillen nicht Genüge. Denn nicht nur ist es beim Vertrage zu Gunsten eines Dritten nicht nothwendig, daß der Empfänger des Versprechens für sich selbst forderungsberechtigt werden will[8], sondern vor Allem, wenn er dieß auch will, will er dem Dritten doch nicht sein Forderungsrecht zuwenden, sondern er will ihm ein selbständiges Forderungsrecht verschaffen. Er will, wenn er überhaupt forderungsberechtigt werden will, forderungsberechtigt werden auf Erfüllung der dem Versprechenden gegenüber

---

[4] Es wird also gegen diese Construction nicht eingewendet, daß der Dritte die zu seinen Gunsten abgegebene Schuldnererklärung nicht acceptiren könne, weil sie nicht ihm gegenüber abgegeben worden sei, denn s. § 309 Ziff. 3. Sondern es wird gegen sie eingewendet, daß sie dem Dritten eine von der Willkür des Versprechers unabhängige Sicherheit der Forderungsberechtigung zu gewähren nicht im Stande ist, und somit der Intention des zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrages nicht gerecht wird.

[5] Diesen Sinn hat es, wenn gelehrt wird (so namentlich von Hugo Grotius, Gareis S. 70), daß der Versprecher auch von dem Versprechensempfänger nicht seiner Verbindlichkeit entlassen werden kann. Gareis gebraucht zur Bezeichnung dieses Falles den Ausdruck „Collectivofferte".

[6] So namentlich Strippelmann und Zaun, welcher Letztere sich dafür direct auf das römische Recht beruft. Vgl. Note 5. S. auch Seuffert § 278.

[7] So Bähr.

[8] Vgl. Unger S. 77, Siegel S. 145.

dem Dritten obliegenden Verbindlichkeit, aber er will nicht umgekehrt eine Verbindlichkeit des Versprechenden gegen den Dritten durch Gewährung des ihm zustehenden Forderungsrechts erst begründen.

3. Die allein zutreffende Construction[9] ist, daß man das Forderungsrecht des Dritten hervorgehen läßt wie aus dem zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrag als solchem, so auch ohne Durchgang durch die Person des Versprechensempfängers. Alles Nähere aber hängt von dem Willen der Contrahenten ab. Sie können den Willen haben, daß das Forderungsrecht sofort, oder aber daß es erst nach einer gewissen Frist[10] oder bei einer gewissen Gestaltung der Verhältnisse (unter einer Bedingung)[11] entstehen solle. Wenn sie nicht sofortige Entstehung wollen, kann ihre Meinung die sein, daß die Anwartschaft des Dritten ihrer Willkür entrückt sein soll, oder aber daß diese Anwartschaft soll widerrufen werden können[12]. Nicht minder hängt es von ihrem Willen ab, ob der Dritte allein, oder ob neben ihm auch der Versprechensempfänger forderungsberechtigt werden soll[13].[14]

---

[9] Für dieselbe namentlich Unger, Regelsberger, Gareis, Siegel. Bähr meint (Urtheile des Reichsger. S. 83), das sei keine Construction sondern Verzicht auf eine solche. Ich verstehe diesen Einwand nicht. Construction einer rechtlichen Erscheinung ist Zurückführung derselben auf die ihr zu Grunde liegenden Begriffe. Die hier vorgetragene Theorie sagt, daß das Forderungsrecht des Dritten begründet werde 1) durch eine Willenserklärung des Versprechenden, 2) welche nicht ihm, dem Dritten, gegenüber, sondern einem Andern gegenüber abgegeben worden ist, 3) welche aber von diesem Andern durch seine Willenserklärung festgehalten worden ist. Was fehlt hier zur „Construction"?

[10] Etwa mit dem Tode des Versprechensempfängers.

[11] Etwa wenn der Dritte den Versprechensempfänger überleben sollte. Auch das ist nicht ausgeschlossen, daß als Bedingung eine Gegenleistung des Dritten gestellt werde. So ist beim Schuldübernahmevertrag (wenn man denselben auf der Grundlage eines Vertrages zu Gunsten eines Dritten construiren will) die Bedingung (regelmäßig) die, daß der Gläubiger den Uebernehmer als einzigen Schuldner annehme, also auf sein Forderungsrecht gegen den bisherigen Schuldner verzichte.

[12] Im letzten Fall ist dem Dritten ein Forderungsrecht verliehen unter der Bedingung nisi noluerim. Das Widerrufsrecht kann dem Versprechensempfänger für sich allein gegeben worden sein, oder es kann von dem Consens der Contrahenten abhängig gemacht worden sein. Es kann auch bestimmt worden sein, daß das Widerrufsrecht mit einem gewissen Ereigniß, und so namentlich auch mit der Acceptation des Dritten, aufhören soll. Nur in diesem Fall kommt die Acceptation des Dritten zur Geltung, welche im Uebrigen für die Entstehung seines Rechts gleichgültig ist. Vgl. Seuff. Arch. XXXV. 165, [XLIII. 264].

[13] In diesem letzten Fall ist noch Verschiedenes möglich. a. Der Versprechensempfänger soll forderungsberechtigt werden auf die Leistung an den Dritten. b Er soll forderungsberechtigt werden auf die Leistung an sich selbst. Im Fall bei b ist ihm das Recht des einseitigen Widerrufs vorbehalten.

[14] Vgl. zu dem hier nach Note 9 Gesagten Gareis S. 204 fg. 242 fg. 250 fg., Siegel S. 155 fg. Aus dem Gesagten geht hervor, daß die Lehre vom Vertrage

Vertrag zu Lasten eines Dritten.

§ 317.

Wenn Jemand die Handlung eines Dritten verspricht, so verpflichtet er dadurch den Dritten nicht, bloß mit Ausnahme des Falles, wo er die Handlung seines Erben oder Eines seiner Erben verspricht[1]. Weiter ist in dieser Beziehung auch das heutige Recht nicht gegangen[2]. Dagegen verpflichtet der Versprechende sich selbst, wenn die Absicht des Vertrages hierauf geht, sei es daß er verpflichtet werden

---

zu Gunsten eines Dritten ihren Hauptinhalt aus der Betrachtung der einzelnen Fälle zu schöpfen hat. Die allgemeine Lehre kann nur das Princip feststellen: Möglichkeit der Zuwendung eines Forderungsrechts durch vertragsmäßige Collectiverklärung. Im Uebrigen kommt es auf den Sinn des Vertrages an. Bähr hält zwar diese Verweisung auf die „Absicht" der Parteien für eminent unpraktisch; aber operirt er nicht selbst mit der von ihm so sehr perhorrescirten Absicht, wenn er nicht aus jeder Beredung zu Gunsten eines Dritten ein Forderungsrecht für den Versprechensempfänger entstehen läßt (§ 316 Note 3), und ein Forderungsrecht für den Dritten nur auf Grund davon, daß der Versprechensempfänger das ihm erworbene Forderungsrecht dem Dritten „zuweist"? Daß diese Zuweisung ausdrücklich geschehen müsse, ist Bähr's Meinung nicht: woraus soll sie denn erkannt werden? Aber es scheint fast, daß Bähr annimmt, die Zuweisung brauche nicht nur nicht ausdrücklich erklärt, sondern sie brauche auch nicht gewollt zu sein. Wenigstens finde ich nirgends bei ihm eine Einschränkung des Satzes, daß der Vertrag zu Gunsten eines Dritten, wenn er den Versprechensempfänger zum Gläubiger macht, auch dem Dritten ein Klagerecht gewähre. Oder will Bähr zwischen Wollen und „bewußtem Wollen" (Arch. S. 162) unterscheiden? Ist dieß nicht der Fall, so lehrt er in Wirklichkeit, daß das Forderungsrecht des Versprechensempfängers auf den Dritten nach Rechtsvorschrift übergehe. Aber was sollte die Rechtsordnung bestimmen, aus einem Vertrage, in welchem nichts gewollt ist, als daß A Gläubiger werden soll, den B zum Gläubiger bloß deßwegen zu machen, weil die dem A versprochene Leistung in der Person des B erfolgen soll? Bequem für die Praxis würde eine solche Rechtsvorschrift freilich sein, aber daß sie gerecht sein würde, davon kann ich mich nicht überzeugen. — Ueber die Frage, ob dem Dritten Einreden aus der Person des Promissars entgegengesetzt werden dürfen, vgl. Gareis S. 241 fg., Karlowa S. 73 fg., Regelsberger bei Endemann S. 478, Bähr Arch. S. 174 fg. — Specialfragen: a) unterliegt bei einer Lebensversicherung zu Gunsten eines Dritten die Versicherungssumme nach dem Tode des Versicherungsnehmers dem Zugriff der Gläubiger des Versicherungsnehmers? Vgl. Scherer Jahrb. f. Dogm. XX S. 149 fg. [Danz (§ 316*) S. 136 fg.], Verhandlungen des 16. deutschen Juristent. I S. 141 fg. (Malß). 200 fg. (Elster). II S. 101 fg. 356 fg. Entsch. d. RG. I S. 188, XI S. 174, [XVI S. 126 (= Seuff. Arch. XLII. 140). Seuff. Arch. XXVI. 177, XLIII. 145 (RG.). 292.], b) Wie gelangt der Dritte, dem die Police nicht übergeben worden ist, nach dem Tode des Versicherungsnehmers in den Besitz derselben? Pfizer Arch. f. civ. Pr. LXXII S. 49 fg.]

[1] L. un. C. ut act. et ab her. 4. 11. Vgl. l. 56 § 1 D. de V. O. 45. 1 und § 316 Note 9. 10. § 317.

[2] Der Vertrag kann nur dadurch aufrecht erhalten werden, daß durch Auslegung nachgewiesen wird, der eigentliche Sinn des Versprechenden sei gewesen, im Namen des Dritten zu versprechen.

will, nach seinen Kräften dafür zu sorgen, daß der Dritte in der bezeichneten Weise handele, oder daß er verpflichtet werden will, unter allen Umständen für das Handeln des Dritten einzustehen[3].

Grund des Vertrages*.

§ 318.

In verschiedenen Wendungen wird gelehrt, daß zur Gültigkeit oder zur vollständigen Wirksamkeit des Vertrages das bloße acceptirte Versprechen nicht genüge, daß dazu auch ein Verpflichtungsgrund (eine causa) erforderlich sei. Hierüber bemerke man Folgendes.

1. Versteht man unter Verpflichtungsgrund den Grund, welcher den Versprechenden zur Abgabe des Versprechens bestimmt, so ist zu sagen, daß es einen Vertrag ohne Verpflichtungsgrund nicht gibt. So wenig wie irgend eine menschliche Handlung ohne Bestimmungsgrund

[3] § 3. 21 I. de inut. stip. 3. 19, l. 14 § 2 D. de pec. const. 13. 5, l. 38 § 1. 2. 13. 24 D. de V. O. 45. 1, l. 83 pr. l. 112 § 1 eod., l. 65 D. de fidei. 46. 1, l. 13 pr. l. 18. 19 D. ratam rem 46. 8. Seuff. Arch. XVIII. 31.

* Vgl. zu dem Folgenden: Liebe die Stipulation und das einfache Versprechen S. 1—3. 66 fg. (1840). Schmid Rec. der vorstehenden Schrift, krit. Jahrbücher Bd. 10 S. 880—904 (1841). Liebe Zeitschr. f. Civ. und Pr. XV S. 197 fg. (1841). Delbrück Zeitschr. f. volksthümliches Recht von Eberty I S. 228 fg. 186 fg. (1844). Gneist die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts S. 113 fg. (1845). Windscheid die Lehre von der Voraussetzung S. 198. 199 (1850). Savigny Obl. II § 78 (1853). Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 11 fg. 152 fg. (1855. 2. Aufl. [1867] S. 11 fg. 166 fg.). Heimbach Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII S. 91 fg. (1856). Arndts krit. Ueberschau IV S. 220—223. 226—239 (1857). Unger rechtliche Natur der Inhaberpapiere S. 64—70 (1857). Bähr Jahrb. f. Dogm. II S. 293—306. 367—394 (1858). Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten S. 1 fg. (1858, vgl. darüber krit. VJSchr. I S. 105 fg.). Gneist Comm. de causae probatione stipulatoris (1858). H. Witte Bereicherungsklagen § 32 (1859). Girtanner die Stipulation (1859, vgl. darüber den Bericht krit. VJSchr. I S. 427 fg.). Kuntze Wechselrecht S. 42—44. 276—285 (1862). Voigt die condictiones ob causam § 32. 61 (1862). v. Salpius Novation und Delegation S. 504 fg. (1864). Jhering Geist des röm. Recht III S. 199—209 (1865). Koch Zeitschr. f. Handelsr. X S. 446 fg. (1866). Bekker krit. VJSchr. IX S. 260—284 (1867). (Eine sehr dankenswerthe Uebersicht über die bis hierhin citirte Literatur giebt H. Witte krit. VJSchr. VI S. 330—398.) Hesse über das Wesen und die Arten der Verträge des heutigen römischen Rechts (1868). (Vgl. über diese Schrift Bechmann krit. VJSchr. XI S. 133 fg.) Schloßmann zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge (1868). Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 396 Anm. S. 404 fg. (1869). Hruza Novation S. 64 fg. (1881). v. Liebe Gruchot's Beiträge XXVIII S. 547 fg. (1884). Puchta § 257 und Vorl. dazu, Rudorff zu Puchta § 257 g. h., Arndts § 233, Sintenis II S. 257—261 (vgl. auch S. 241. 242), Brinz 1. Aufl. S. 424. 2. Aufl. II S. 139 fg. 471, Vangerow 7. Aufl. III § 600 Anm., [Dernburg II § 22, Wendt § 198]. Hasenöhrl österr. Oblig. R. I S. 348 fg.

vorgenommen wird[1], so wenig wird ein Versprechen ohne Bestimmungsgrund abgegeben.

2. Das Versprechen kann sich seinem Bestimmungsgrunde gegenüber in doppelter Weise verhalten. Möglicherweise kann es denselben als integrirenden Bestandtheil in sich aufnehmen; möglicherweise aber kann es sich von seinem Bestimmungsgrund loslösen und sich demselben gegenüber selbständig hinstellen[2]. Wenn behauptet wird, daß das acceptirte Versprechen in Loslösung von seinem Bestimmungsgrunde eine Verbindlichkeit zu erzeugen nicht, oder doch nur in Ausnahmefällen, im Stande sei, so ist diese Behauptung zurückzuweisen, mag man auf die Natur der Sache oder auf die positiven Vorschriften des gemeinen Rechts sehen[3]. Ebensowenig kann der Satz

[1] Von dem Falle der Geistesstörung wird hier natürlich abgesehen. Vgl. Cic. de fato c. 11. „Communi — — consuetudine sermonis abutimur, cum ita dicimus, velle aliquem aut nolle sine causa, ita enim dicimus sine causa, ut dicamus, sine externa et antecedente causa, non sine aliqua". § 318.

[2] Der Darlehnsempfänger verspricht, weil er 100 als Darlehn empfangen hat; aber er verspricht auch zurückzugeben die empfangenen 100. Ebenso verspricht der Käufer nicht eine Summe Geldes schlechthin, er verspricht eine Summe Geldes für eine von ihm gekaufte Sache. In gleicher Weise verspricht der Mandatar nicht eine Thätigkeit bestimmten Inhalts schlechthin, sondern eine Thätigkeit, wie sie erforderlich ist, um dadurch dem ihm ertheilten Auftrage zu genügen. Diesen Fällen stelle man den Fall entgegen, wo Jemand einen Schein ausstellt des Inhalts: Ich verspreche am 1. des künftigen Monats dem X. 100 zu geben. Ein Warum hat auch dieses Versprechen; aber das Warum ist in das Versprechen nicht aufgenommen.

[3] Man mag streiten über den rechtsphilosophischen Grund der verbindenden Kraft des Vertrages (eine Zusammenstellung der darüber geäußerten Ansichten bei Hofmann, die Entstehungsgründe der Obligation, insbesondere der Vertrag, Wien 1874 S. 53 fg., neuerdings Schloßmann der Vertrag, Leipzig 1876, vgl. § 305 Note *); aber wenn einmal das positive Recht dem Vertrage bindende Kraft wirklich zuschreibt, so thut es das nur in Anerkennung des Willens der Parteien; der Wille aber, wenn er auch nicht entsteht ohne den Grund, welcher ihn hervorgerufen hat, besteht doch ohne diesen Grund. Es kann nun zwar sehr wohl sein, daß das positive Recht aus Gründen der Zweckmäßigkeit die Anerkennung der rechtserzeugenden Kraft des Willens in der Weise beschränkt, daß es dem Willen als solchem rechtserzeugende Kraft nicht beilegt, sondern nur dem Willen im Zusammenhange mit seinem Warum; aber eine solche Beschränkung versteht sich nicht von selbst. Daß das römische Recht eine Beschränkung der angegebenen Art nicht gekannt hat, beweist (abgesehen von dem später weggefallenen Literal-Contract) die Stipulation, deren Bedeutung ja eben darin liegt, daß sie ein von seinem Grund losgelöster Vertrag ist (oder doch sein kann, vgl. v. Salpius Novation und Delegation S. 214 fg.). Weßwegen mit dem Wegfall der Form der Stipulation (die doch selbst für das römische Recht in der letzten Zeit kaum noch eine Form zu nennen war) für uns auch der Satz, dessen Träger die Stipulation war, weggefallen sein sollte, ist nicht abzusehen. Freilich ist bei uns erforderlich, wie es für die Römer erforderlich war, daß, wenn aus einem Versprechen ohne Angabe eines Grundes gefordert wird, darüber kein Zweifel obwalte,

als wahr anerkannt werden, daß, wenn das Versprechen seinen Bestimmungsgrund nicht wenigstens nenne, der Versprechende die Erfüllung des Versprechens ablehnen könne, bis der Gläubiger den Bestimmungsgrund nachgewiesen habe[4].

daß das Versprechen wirklich als ein von seinem Grunde abgelöstes, als Versprechen schlechthin, abgegeben worden sei, und wenn wenn sich dies aus dem Versprechen selbst nicht ergiebt, so muß es im Bestreitungsfalle der Kläger beweisen. Aber daraus geht auch nur hervor, daß man ein Versprechen nicht zu etwas machen darf, was es nicht sein will, und daß, wer sich auf eine bestimmte Natur des Versprechens beruft, dieselbe darthun muß; es geht daraus nicht hervor, daß das Versprechen an sich nicht bindend sei. Eine andere Frage ist es, ob nicht die Gesetzgebung wohl thun wird, zur Erleichterung des Verkehrs an gewisse Formen die Präsumtion anzuknüpfen, daß das Versprechen als reiner Vertrag gemeint sei. Vgl. Bekker a. a. O., Koch Verhandlungen des 8. deutschen Juristentags I S. 296 fg., Hofmann iusta causa traditionis S. 98. — Karlowa Rechtsgeschäft S. 256 fg. wendet gegen die hier vertretene Ansicht ein, die „Gegenüberstellung des einen Theils eines zusammengesetzten Willens gegenüber dem anderen" könne durch das wollende Subject selbst nicht geschehen, sondern nur durch eine über ihm stehende Autorität, welche irgend welchen Formen, in denen der Theilwille auftritt, die Kraft, ihn zu verselbständigen, verleiht". Aber die Rechtsordnung verleiht die Verselbständigungskraft nicht der Form als solcher, sondern dem in dieser Form ausgedrückten Verselbständigungswillen, und warum sollte sie diese Kraft bloß dem förmlich ausgedrücktem Willen verleihen können? Wie Karlowa auch Brinz 2. Aufl. II S. 139: „Privatbeliebung kann keinen formlosen Kontrakt zum Formalkontrakt erhöhen". Dawider neuestens Regelsberger in Endemann's Handb. des Handelr. II S. 485 fg., [Dernburg a. a. O. für das heutige Recht, Wendt a. a. O.]. S. auch Hruza zur Lehre von der Novation nach österr. und gem. R. (1881) S. 64 fg.

[4] Man behauptet dieß auf Grund von l. 25 § 4 D. de prob. 22. 3 und l. 13 C. de non num. pec. 4. 30. Aber wenn in Betreff der — man möchte sie fast berüchtigt nennen (vgl. § 412b Note 2) — l. 25 § 4 cit. irgend Etwas unbestritten sein sollte, so ist es das, daß sie von der condictio indebiti handelt. („Sed haec ubi de *solutione* indebiti quaestio est. Sin autem *cautio* indebiti *exposita* esse dicatur . . .".) Handelt sie aber von der condictio indebiti, so setzt sie auch Versprechen (Urkunden über Versprechen) voraus, von denen es feststeht, daß sie für eine als bestehend angenommene Verbindlichkeit gegeben worden sind. Diese sollen, wenn nicht der Versprechende selbst bei dem Versprechen das debitum bezeugt habe (oder in gewisser Weise bezeugt habe), zurückgefordert werden können (und also auch keine wirksame Forderung begründen), wenn der Gläubiger das debitum nicht nachweise. Ein Versprechen, von welchem es nicht feststeht, daß es für eine als bestehend angenommene Verbindlichkeit gegeben worden sei, wird von der Stelle ebensowenig berührt, wie von den vorhergehenden Bestimmungen derselben eine Eigenthumsübertragung, von welcher es nicht feststeht, daß sie animo solvendi gemacht worden sei. Ebenso geht l. 13 C. cit. davon aus, daß antecedens causa feststehe (— „si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descendentibus"). — Die hier verworfene Ansicht über den Inhalt der römischen Rechtsvorschriften ist namentlich von Gneist formelle Verträge S. 198 fg. und Comm. de causae probatione stipulatoris (1858) verfochten worden; ihm folgen in Allem Heimbach Lehre vom Creditum S. 388 fg., Fick Heid. krit. Zeitschr. I S. 486 und Zeitschr. f. Handelsr. III S. 251 fg.; übereinstimmend ferner Dernburg

3. Ist ein Versprechen unter einer Voraussetzung abgegeben worden, so kann bei Ermangelung der Voraussetzung der Versprechende sich gegen die Forderung aus seinem Versprechen mit einer Einrede schützen (I § 97)[5]. Dieß ist hier deßwegen zu erwähnen, weil die Quellen von einem solchen Versprechen sagen, es sei sine causa abgegeben[6].

f. Arten der Verträge.

α. Reiner (abstracter) Vertrag und individuell charakterisirter Vertrag.

§ 319.

Die einzelnen Verträge unterscheiden sich von einander nicht bloß durch ihren speciellen Inhalt, es gibt auch Artunterschiede zwischen

---

Heid. krit. Zeitschr. III S. 509, E. A. Seuffert in Seuffert Pand. II S. 107, v. Salpius Novation und Delegation S. 322—323. 482—483, Leonhard Irrthum S. 248, Ludw. Goldschmidt Jahrb. für Dogm. XXIV S. 72 fg., [Dernburg II § 22 (anders für das heutige Recht), Wendt a. a. O. Ziff. 4]. Irrig auch Windscheid Voraussetzung S. 198. Für die hier vertheidigte Auffassung haben sich ausgesprochen: Bethmann-Hollweg Versuche S. 290 Note 90, Bähr Anerkennung S. 146. 252 fg. (159. 282 fg.), Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten S. 42 (welcher aber für das heutige Recht die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt, s. S. 95 fg. — anders in der Schrift über die rechtliche Unzulässigkeit der Beschlagnahme des noch nicht verdienten Lohns (1869) S. 34 —), Girtanner Stipulation S. 319, Fitting Zeitschr. f. Handelsrecht III S. 293, Witte krit. VJSchr. VIII S. 207 fg., Hesse Wesen und Arten der Verträge S. 144 fg. (ebenfalls, und zwar außerordentlich energisch, anderer Ansicht für das heutige Recht, s. auch denselb. Juristische Probleme, Jena 1872, S. 235 fg.), Schloßmann zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge S. 1. 21 (welcher Schriftsteller aber in dem einfachen Versprechen einen materiellen Vertrag sieht), Vangerow a. a. O., Huschke Darlehn S. 108 fg. (vgl. aber auch S. 142 Anm. 17), Regelsberger in Endemann's Handb. des Handelsr. II S. 486 ob., v. Liebe a. a. O. (Note *). — Aus der Praxis: Seuff. Arch. VIII. 168, XI. 109, XVII. 135, XXI. 30, XXIV. 231, XXV. 16. 17, XXXII. 30, XXXV. 15, XXXVI. 21 (RG.), XL. 10.

[5] Es mischt sich hier eine doppelte Bedeutung von causa: causa als zur Voraussetzung erhobener Bestimmungsgrund, und causa als juristischer Rechtfertigungsgrund; denn der Vertrag, dessen Voraussetzung ermangelt, besteht zwar formell zu Recht, aber es ist materiell ungerecht, daß aus demselben der Gläubiger reicher und der Schuldner ärmer werde. S. l. 1 § 1—3 l. 3 D. de cond. sine causa 12. 7, l. 2 § 3 D. de doli exc. 44. 4; l. 2 l. 4 l. 5 D. de cond. sine causa 12. 7, l. 10 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 34 l. 66 D. de cond. indeb. 12. 6, l. 3 § 5 D. de coll. 37. 6. Vgl. § 422 Note 1, § 423 Note 8. — Auf der Verwechslung dieser beiden Arten der causa (Ziff. 2 und 3 des Textes) beruhen auch die Bemerkungen von Witte krit. VJSchr. VI S. 376—379.

[6] Die Lehre von der Ungültigkeit des Vertrages sine causa hat noch eine fernere Wurzel, welcher aber lediglich rechtshistorische Bedeutung zukommt. In l. 7 § 2. 4 D. de pact. 2. 14 wird mit Rücksicht auf die römische Lehre von der Nothwendigkeit einer Form des obligatorischen Vertrages erörtert, daß die Form ersetzt werden könne durch die causa des gegebenen Versprechens, was

ihnen, welche von rechtlicher Bedeutung sind. Unter diesen Unterschieden ist hier zunächst hervorzuheben der bereits im vorigen § bezeichnete zwischen Verträgen, bei welchen das Versprechen seinen Bestimmungsgrund als integrirenden Bestandtheil in sich aufnimmt, und Verträgen, bei welchen dieß nicht der Fall ist[1]. Bei Verträgen der ersten Art ist nach dem Willen der Parteien der Bestimmungsgrund des Versprechens maßgebend sowohl für die Existenz der Verpflichtung, welche durch den Vertrag begründet werden soll[1a], als für den Inhalt der Leistung, auf welche diese Verpflichtung geht; bei Verträgen der zweiten Art schließen die Parteien den Bestimmungsgrund des Versprechens von allem maßgebenden Einfluß auf die Existenz der Verpflichtung wie auf den Leistungsinhalt aus[1b]. Die am häufigsten gebrauchte Bezeichnung für diesen Gegensatz ist: Formal- oder formeller Vertrag — Material- oder materieller Vertrag; mehr empfehlen sich die in der Ueberschrift dieses § gebrauchten Ausdrücke[2].

---

näher dahin bestimmt wird, daß das für eine empfangene Leistung gegebene Versprechen rechtsverbindlich sei (actio praescriptis verbis).

§ 319. [1] Literatur bei § 318 *.

[1a] Wer die Rückgabe eines Darlehns verspricht, ist nicht Schuldner, wenn er kein Darlehn empfangen hat, wer Kaufgeld verspricht, ist nicht Schuldner, wenn er nicht gekauft hat oder der Kaufvertrag nichtig ist.

[1b] Vgl. § 364.

[2] Der Ausdruck „Formal- oder formeller Vertrag" ist entstanden unter der irrigen Vorstellung, daß es bei dem reinen Vertrag etwas Anderes außer dem erklärten Willen sei, welchem das Recht die Kraft, eine Verbindlichkeit zu erzeugen, beilege. Auch aus einem andern Grunde ist dieser Ausdruck zu mißbilligen; er muß nothwendigerweise die Vorstellung erwecken, als bedürfe der reine Vertrag zu seinem Bestande einer bestimmten Form der Willenserklärung, und diese Vorstellung ist unrichtig (s. § 318 Note 3). Dieser Ausdruck ist daher, wie mir scheint, unter allen Umständen aufzugeben. Vgl. auch Bekker krit. VJSchr. IX S. 260. 280, Regelsberger civilr. Erörterungen I S. 138; für diesen Ausdruck neuerdings Brinz 2. Aufl. II S. 139 Note 26. Ebensowenig empfiehlt sich der von Thöl (Wechselrecht 4. Aufl. § 17. 21. 56. 57) gebrauchte Ausdruck „Summenversprechen". Der reine Vertrag ist zwar sehr häufig, aber keineswegs nothwendig, auf die Leistung einer Geldsumme gerichtet, und ein Versprechen, welches auf die Leistung einer Geldsumme gerichtet ist, kann sehr wohl individuell charakterisirt sein. Ein anderer Ausdruck, welcher zur Bezeichnung des reinen Vertrages gebraucht worden ist, ist „einfaches Versprechen" (vgl. Liebe Stipulation S. 73). Bei Schlesinger finden sich die Ausdrücke „materiell individualisirter, materiell charakterisirter Vertrag". Dem hier vorgeschlagenen Ausdruck „reiner Vertrag" liegt die Vorstellung zu Grunde, daß der so bezeichnete Vertrag farblos ist (vgl. Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 190 Anm. 12, Hruza [§ 318 Note 3 a. E.] S. 68); „abstract" kann derselbe genannt werden, insofern er von seiner materiellen Grundlage abstrahirt. Den letzten Ausdruck gebraucht Kuntze, und zur Bezeichnung des Gegensatzes „discret". Kuntze will aber nicht sowohl von abstracten und discreten Verträgen, als vielmehr von abstracten und discreten Obligationen geredet wissen. Dieß hat insofern Be-

β. Einseitige und zwei- oder gegenseitige Verträge.

§ 320.

Eine besonders wichtige Klasse unter den obligatorischen Verträgen bilden diejenigen, welche darauf gerichtet sind, einen Austausch von Leistungen zu bewirken; jede der vertragschließenden Parteien soll für die Leistung, welche sie zu fordern berechtigt wird, ihrerseits ein Aequivalent in einer eigenen Leistung zu geben verpflichtet sein[1]. Man nennt diese Verträge zweiseitige, besser wechselseitige oder gegenseitige Verträge, diejenigen, welche den bezeichneten Inhalt nicht haben, einseitige Verträge. Die letzteren können noch von doppelter Art sein. 1) Wenngleich sie die Partei, welche sie berechtigen, nicht zu einer Gegenleistung verpflichten, so schließen sie doch eine anderweitige Verpflichtung derselben nicht aus[2]. 2) Sie sind streng einseitig, so daß sie für eine Verpflichtung der berechtigten Partei keinen Raum lassen[3].

Von den gegenseitigen Verträgen im Besonderen.

§ 321.

Für die gegenseitigen Verträge gelten folgende Regeln.

1. Keine der vertragschließenden Parteien hat das Recht, Erfüllung der Verbindlichkeit der Gegenseite zu verlangen, ohne ihrer-

---

rechtigung, als derselbe Gegensatz, welcher sich bei den Verträgen findet, bei den einseitigen Willenserklärungen wiederkehrt. Die Inhaber- und die Ordrepapierobligation ist eine Obligation gleicher Art, wie die durch den abstracten Vertrag geschaffene (vgl. § 304 Note 11). S. auch v. Schey Grünhut's Zeitschr. IX S. 389. H. Witte krit. VJSchr. VI S. 232 sagt: abstracte, individualisirte Willenserklärung; abstractes, individualisirtes Versprechen. Bekker a. a. O. S. 275 versucht: absolute, relative Obligation. Brinz 1. Aufl. S. 1436. 1540 fg. 2. Aufl. II S. 139.: Formal-, Causalgeschäft. Vgl. noch Buhl Anerkennungsvertrag S. 61 fg., Spaltenstein das specifisch-juristische Geschäft S. 6 fg.

[1] Dieß ist z. B. der Inhalt des Kaufvertrags, des Miethvertrags ꝛc. Nach römischem Sprachgebrauch entsteht aus diesen Verträgen für jeden der Contrahenten eine actio directa. § 320.

[2] Auch in Betreff dieser Verpflichtung ist noch ein Unterschied zu bemerken. Sie kann sein a) bloß möglich, abhängig von besonderen Umständen, welche auch ausbleiben können. So wird aus dem Auftragvertrag der Auftraggeber verpflichtet, wenn z. B. der Beauftragte durch die Ausführung des Auftrages eine Einbuße erleidet. Sie kann aber b) auch wesentlich sein, durch den Inhalt des Vertrages mit Nothwendigkeit gegeben. So verpflichtet der Leihvertrag den Hingebenden wesentlich, die geliehene Sache dem Empfänger bis nach gemachtem Gebrauch zu lassen. — Ist zur Geltendmachung dieser Verpflichtung eine besondere actio begründet, so sprechen die Römer von actio contraria, [contrarium iudicium, vgl. Gradenwitz Interpolationen S. 111 fg.].

[3] So z. B. der Darlehnsvertrag. — Was den heutigen Sprachgebrauch angeht, so ist zu bemerken, daß man wohl auch die Verträge mit actiones contrariae als zweiseitige Verträge — unvollkommen zweiseitige Verträge — be-

seits ihre Verbindlichkeit erfüllt zu haben[1] oder die Erfüllung derselben anzubieten[1a]; es müßte denn über die Ordnung, in welcher die beiderseitigen Leistungen zu erfolgen haben, eine abweichende Bestimmung ausdrücklich oder stillschweigend getroffen worden sein. Ist dieß nicht geschehen, so wird derjenige, welcher die Erfüllung der Verbindlichkeit des Gegners fordert, ohne seine eigene Verbindlichkeit erfüllt zu haben oder deren Erfüllung anzubieten, von dem Gegner mit der Einrede zurückgewiesen, daß sein Fordern gegen die Absicht des Vertrages verstoße[2]. — Was die Beweislast angeht, so muß, wenn der Kläger

zeichnet findet. Die älteren Civilisten sagten: contractus bilaterales inaequales. Wächter II S. 365 fg. — Vgl. noch Kuntze zu Holzschuher III S. 37 fg., Hasenöhrl österr. Privatr. S. 319 fg.

§ 321. [1] Unvollständige Erfüllung: Seuff. Arch. I. 48, III. 153, V. 308, IX. 216, XXI. 221. 222. 223, XXIII. 125, XXXVII. 15, XXXVIII. 17. Wie wenn die Unvollständigkeit der Erfüllung dem Empfänger keinen Nachtheil gebracht hat? Seuff. Arch. XXXIV. 291.

[1a] Seuff. Arch. XV. 11. 14, XIX. 32. 134, XXXVIII. 245.

[2] S. g. exceptio non adimpleti contractus. Ueber die wahre Bedeutung derselben herrscht ein alter Streit. Nach einer andern Meinung ist dieselbe keine Einrede, sondern directe Verneinung, Behauptung, daß die klägerische Forderung schon an und für sich nicht begründet sei. Diese Ansicht wird unter den Neueren vertheidigt von Glück XIX S. 229 fg. (1815), Lang über die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (1829), Schenck Arch. f. civ. Pr. XVII S. 93 fg. 202 fg. (1834). XX S. 427 fg. (1837), Treitschke das. XXII S. 278 fg. 422 fg. (1839), Sintenis Zeitschr. f. Civ. und Pr. XVI S. 149 fg. XVII S. 253 fg. (1842) und Lehrb. II § 97 Anm. 61 und Text dazu, Keller Jahrb. d. gem. Rechts IV S. 337 fg. (1860) und Lehrbuch § 243. Für die hier vertretene Ansicht haben sich ausgesprochen: Heerwart Arch. für civ. Pr. VII S. 335 fg. (1824). XIV S. 206 fg. (1831). XVIII S. 387 fg. (1835), Brandis in Schunck's Jahrb. XVII S. 196 fg. (1831), Dernburg Compensation S. 69—83 (1854). 2. Ausg. S. 63—71 (1868), W. A. Puchta Jahrb. d. gem. R. V S. 94 fg. (1862), Bekker das. V S. 116 fg. (1862), Bernhöft Jahrb. für Dogm. XIV S. 184 fg. (1874), Vangerow III § 607 Anm., Puchta § 232, Arndts § 234, Unger II § 123 Anm., neuestens Puntschart die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Privatr. S. 207 fg., vgl. auch Bechmann der Kauf I S. 568 fg. II S. 180 fg., [Dernburg II § 20, Ryk Schuldverhältnisse S. 315 fg.]. Die erstgenannte Ansicht ist ohne Zweifel am besten von Keller vertheidigt worden, welchem folgen Karlowa de natura atque indole συναλλάγματος, quod emptioni venditioni ceterisque obligationibus mutuis inesse dicitur (1862), Schlesinger über die Unzulässigkeit der Beschlagnahme des noch nicht verdienten Lohnes S. 32 fg. (1869), A. Bruck in der in Note 3a a. E. citirten Schrift S. 5 fg. Keller geht von der Auffassung aus, daß bei dem gegenseitigen Vertrag die Gegenleistung den Inhalt der Leistung afficire, so daß jeder Contrahent verpflichtet sei nicht auf Leisten schlechthin, sondern auf Leisten gegen Gegenleistung. Es ist zuzugeben, daß diese Auffassung an und für sich möglich ist, ja daß sie sich, wenigstens für gewisse gegenseitige Verträge, so namentlich den Kaufvertrag, nach allgemeiner Betrachtung empfiehlt. Aber ebenso wahr ist es, daß die Berufung auf die nicht erfolgte Gegenleistung in unseren Quellen exceptio wirklich genannt wird, und dieses Argument hat auch Keller nicht zu beseitigen vermocht. Es

sich auf die bereits geschehene Erfüllung beruft, dieser den Beweis der Erfüllung führen, nicht der Beklagte den Beweis der Nichterfüllung[3]. Ebenso trifft die Beweislast den Kläger, wenn darüber gestritten wird, ob die von dem Kläger gemachte Leistung zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit genügend war[3a], mag der Streit sich auf den Umfang

mag sein, daß Gai. IV. 126a und l. 25 D. de A. E. V. 19. 1 nicht eine actio venditi, sondern eine durch Novation entstandene condictio certi im Sinne haben (vgl. in Betreff der letzteren Stelle l. 14 D. de exc. 44. 1); aber so bleiben immer noch übrig l. 5 § 4 D. de doli exc. 44. 4 und l. 5 C. de evict. 8. 44 [45], Stellen, deren Gewicht offenbar nicht durch die Bemerkung beseitigt werden kann, daß die exceptio, von welcher sie handeln, in der Formel des bonae fidei iudicium nicht ausgedrückt worden sei; jedenfalls wird doch die Entgegnung des Beklagten als exceptio charakterisirt (so auch Bekker S. 120). Diesen Stellen gegenüber vermag nichts l. 13 § 8 D. de A. E. V. 19. 1, wo das „nondum est ex emto actio" sehr wohl von einer durch exceptio aufgehaltenen bez. sogleich denegirten actio verstanden werden kann; nichts auch die in den Quellen anerkannte Möglichkeit, daß nur der eine der Contrahenten aus dem gegenseitigen Vertrage Rechte abzuleiten befugt sein könne (vgl. Note 23) — während andere Argumente von Keller selbst nicht hoch angeschlagen werden (a. a. O. S. 360 fg.). Man wird also anerkennen müssen, daß das römische Recht den gegenseitigen Vertrag eben nicht so aufgefaßt hat, wie Keller behauptet, daß es die Gegenleistung nicht als Minderung der Leistung ansieht, sondern als Aequivalent für die Leistung, und demgemäß in dem Fordern, ohne daß die Gegenleistung gemacht ist oder angeboten wird, nicht ein Zuvielfordern erblickt, sondern einen Verstoß gegen die Absicht des Vertrages (exceptio doli, l. 5 C. de evict. 8. 44 [45]). Die richtige Formel ist nicht: jeder Contrahent ist nur verpflichtet zur Leistung gegen Gegenleistung, sondern die richtige Formel ist: jeder Contrahent ist nur dann verpflichtet, seine Verbindlichkeit aus dem Vertrage zu erfüllen, wenn auch der andere Contrahent sie erfüllt. [Vgl. hierzu Ryk Schuldverhältnisse S. 318 fg.] Vgl. Seuff. Arch. II. 26, IX. 333, X. 39, XI. 138, XII. 141, XV. 14; dawider III. 201, VIII. 299. Die praktische Bedeutung dieser Streitfrage ist übrigens, wenn man nicht aus einer oder der anderen Ansicht unrichtige Consequenzen zieht, lediglich eine processualische, vgl. Vangerow III S. 306 (7. Aufl. S. 286) und die zuvor erwähnten Erkenntnisse. — Außer den beiden in dieser Note erörterten Auffassungen der Natur des gegenseitigen Vertrages sind noch zwei andere aufgestellt worden. 1) Der gegenseitige Vertrag erzeugt zwei von einander ganz unabhängige Obligationen. 2) Die beiden von ihm erzeugten Obligationen sind nur zwei Seiten einer und derselben Obligation. Die letztere Auffassung geht zu weit, die erstere nicht weit genug. Vgl. über die erste Note 16, über die zweite Liebe Stipulat. S. 248 fg., Windscheid Voraussʃ. S. 144, Mommsen Beitr. I S. 347—349. III S. 415—422, Dernburg Compens. S. 66 fg. (2. Aufl. S. 60 fg), Keller Jahrb. des gem. R. a. a. O. S. 362 fg., Puntschart a. a. O. S. 145 fg.

[3] Dieß selbst dann nicht, wenn nicht zuerst der Kläger mit der Behauptung der Erfüllung, sondern zuerst der Beklagte mit der Behauptung der Nichterfüllung auftritt. Hierüber ist kein Streit. Daß diejenigen, welche die eigene Erfüllung des Klägers zum Klagegrund rechnen, demselben den Beweis der Erfüllung auferlegen, versteht sich von selbst. Aber auch diejenigen, welche in der exceptio non adimpleti contractus eine eigentliche Einrede sehen, gelangen zu dem gleichen Resultat. Denn in dieser Einrede beruft sich der Beklagte nicht sowohl darauf, daß der Kläger noch nicht geleistet habe, als vielmehr darauf, daß

seiner Verbindlichkeit beziehen[4] oder auf die Beschaffenheit seiner Leistung[5] jedoch ist im letzteren Falle zuzusehen, ob nicht der Beklagte durch die Annahme die ihm gemachte Leistung als Erfüllung anerkannt hat[6]. Immer trifft die Beweislast den Beklagten dann, wenn die Einwendungen, welche er gegen die Beschaffenheit der ihm gemachten Leistung erhebt, nicht sowohl ein Leugnen der Erfüllung der klägerischen Verbindlichkeit, als vielmehr ein Behaupten von Thatsachen enthalten, aus welchem ihm neue Ansprüche erwachsen[7].

aus dem Vertrage, aus welchem er fordere, eine Verbindlichkeit auch für ihn selbst hervorgegangen sei, und daß er nach der Absicht des Vertrages nicht die Erfüllung der Verbindlichkeit des Beklagten fordern könne, so lange seine Verbindlichkeit noch bestehe.

[3a] S. g. exceptio non rite adimpleti contractus. Vgl. über dieselbe Glück XVII S. 231 fg., Heerwart Arch. für civ. Pr. VII S. 353 fg., Schenck das. XX S. 467 fg., Treitschke Arch. f. civ. Pr. XXII S. 434 fg., Keller Jahrb. des gem. R. IV S. 369 fg., W. A. Puchta das. V S. 96 fg., Bekker das. V S. 117 fg. 124 fg., A. Bruck die Beweislast hinsichtlich der Beschaffenheit des Kaufgegenstandes, Berlin 1874; Seuffert § 276, Vangerow III § 607 Anm. Nr. IV, Sintenis II S. 290, Thöl Handelsrecht I § 85. 6. Aufl. § 279.

[4] Z. B. auf die Höhe des vereinbarten Kaufpreises. Wenn der Beklagte behauptet, daß der Kläger ihm nicht 100, wie er gethan, sondern 150 leisten müsse, so leugnet er damit, daß ein Kaufvertrag, wie der vom Kläger behauptete, abgeschlossen worden sei. Keller a. a. O. S. 368, Bekker a. a. O. S. 125. Ort der Leistung: Römer Arch. f. civ. Pr. LXII S. 171 fg. Eigenschaften des zu liefernden Genus: das. S. 176. Vgl. Seuff. Arch. II. 276.

[5] Indem der Beklagte leugnet, daß die von dem Kläger gemachte Leistung zur Erfüllung seiner Verbindlichkrit genügend sei, leugnet er, daß diese Verbindlichkeit erfüllt sei. Deßwegen hat man sich mit Recht gegen den ganzen Begriff der exceptio non rite adimpleti contractus erklärt (s. die bei Heerwart a. a. O. S. 354 Note 34 Genannten, G. F. Puchta Vorl. II S. 32, und namentlich W. A. Puchta a. a. O.). Was man exceptio non rite adimpleti contractus nennt, ist einfach eine exceptio non adimpleti contractus; man verwechselt die Begriffe Leistung und Erfüllung. Seuff. Arch. I. 337, V. 129. 149. 154, VII. 115, IX. 88, XIV. 129, XXXII. 217, XXXVII. 15 (RG.); anders II. 276.

[6] In diesem Falle, so wie auch in dem Falle ausdrücklicher Billigung, ist er nicht ohne Weiteres seiner Rechte aus der Mangelhaftigkeit der ihm gemachten Leistung verlustig. Er hat nur erklärt, daß die ihm gemachte Leistung Erfüllung sei, nicht auch auf seine Rechte verzichtet für den Fall, daß sie gegen sein Wissen Erfüllung nicht sein sollte. Aber das Gewicht des in jener Erklärung liegenden Zeugnisses gegen sich selbst muß er durch Gegenbeweis aus dem Wege räumen. Vgl. unten § 394 Note 28. 29 und Thöl Handelsr. I § 84. 85b. 6. Aufl. § 278. 280, Römer Festschrift zur vierten Säcularfeier der Univ. Tübingen S. 40 fg. Bähr Anerkennung S. 174 (191), Bruck a. a. O. S. 88 fg. [A. M. Hanausek die Verhaftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare II S. 256 fg.] Seuff. Arch. VII. 295, IX. 88, XV. 213, XIX. 132, XXIII. 125, XXV. 155. 156. 188, XXVI. 128. 232, XXVII. 16. 217, XXXII. 217.

[7] So verhält es sich, wenn der Käufer einer individuell bestimmten Sache sich über den Mangel einer ihm zugesagten Eigenschaft der Kaufsache beschwert. Der Verkäufer hat versprochen: 1) Tradition dieses Sachindividuums — diese Verbindlichkeit hat er erfüllt; 2) daß dieses Individuum eine Eigenschaft haben

2. Wer erfüllt hat, hat das Recht, von der Gegenseite Erfüllung zu verlangen; hat er auch das Recht, wenn diese Erfüllung ausbleibt, das von ihm Geleistete zurückzufordern?[8] Nach römischem Recht war ein solches Rückforderungsrecht begründet bei denjenigen gegenseitigen Verträgen, welche von der Form nicht entbunden waren[9]; nach heutigem Recht ist es bei allen gegenseitigen Verträgen im Princip ausgeschlossen[10]. Doch steht es auch nach heutigem Rechte dem Leistenden dann zu, wenn er in der irrigen Annahme bereits erfolgter oder in

---

solle, welche es nicht hat — dieses Versprechen ist auf etwas Unmögliches gerichtet und löst sich auf in ein Versprechen des Schadensersatzes für den Fall, daß die verkaufte Sache die bezeichnete Eigenschaft nicht haben sollte. (So wörtlich l. 31 D. de evict. 21. 2.) Ebenso verhält es sich, wenn der Käufer das Vorhandensein von verborgenen Mängeln geltend macht; auch hier wendet er nicht Nichterfüllung ein, sondern erhebt die actio quanti minoris oder redhibitoria. S. namentlich W. A. Puchta a. a. O. S. 96—103, auch Thöl Handelsr. I S. 503. 504. 6. Aufl. § 279 Nr. 2. Vgl. Seuff. Arch. II. 26. 37, III. 29, IV. 25, V. 147, VI. 169, VII. 160, XI. 235, XXV. 187, XXVIII. 211, XXXII. 295. [Entsch. d. RG. XX S. 7.]

[8] Vgl. zum Folgenden Römer Zeitschr. f. Handelsr. XIX S. 123 fg. (1873).

[9] Also es war ausgeschlossen nur bei Kauf, Miethe, Gesellschaft. Vgl. l. 8 C. de contr. emt. 4. 38, l. 14 C. de resc. vend. 4. 44, l. 6. 12 C. de A. E. et V. 4. 49. War in anderen Fällen einer gegenseitigen Beredung die Stipulationsform angewendet, so waren statt des einen gegenseitigen Vertrages zwei von einander unabhängige Verträge abgeschlossen. War die Stipulationsform nicht angewendet, so war ein rechtsbeständiger Vertrag nicht eher vorhanden, bis in Folge der Beredung einer der Contrahenten leistete und der andere annahm: nicht die vorhergehende Beredung machte den rechtsbeständigen Vertrag aus, sondern erst der in diesem Leisten und Annehmen wiederholt erklärte Vertragswille. Der Leistende leistete also nicht, um eine ihm obliegende Verbindlichkeit zu erfüllen, sondern um sich die Gegenleistung zu verschaffen, so daß bei Ausbleiben derselben die condictio ob causam datorum für ihn begründet war (I § 99 Note 1).

[10] Weil nach heutigem Recht auch der formlose Vertrag eine Verpflichtung erzeugt. Der Bestimmungsgrund für den Leistenden ist also immer die ihm obliegende Verpflichtung, und diese fällt dadurch nicht weg, daß die Gegenseite die von ihr übernommene Verpflichtung nicht erfüllt. Vgl. Wächter doctrina de condict. c. d. c. n. s. p. 117—128, Erxleben condict. sine causa II S. 463—474, Vangerow III § 599 Anm. Nr. V. Anders ist es auch nicht bei Verzug der Gegenseite, s. § 280 Note 1. Vgl. Seuff. Arch. XXXVI. S. 419 fg. — Ist nicht auch nach heutigem Rechte ein Austausch von Aequivalenten möglich, ohne daß die eine oder die andere Leistung auf Grund einer vorhergehenden Verpflichtung erfolgt? Man denke etwa an den Fall, daß in einer Verkaufsauslage die einzelnen Waaren mit ihrem Preise bezeichnet sind, und Jemand eine Sache nimmt, indem er die betreffende Geldsumme dem Verkäufer hinlegt; oder daß Jemand einem Dienstmanne einen zu bestellenden Brief zugleich mit dem tarifmäßigen Lohn übergibt. Man denke auch an den Tauschvertrag über zwei Forderungen, und an den Compensationsvertrag (§ 351 Ziff. 2). Vgl. Brinz Pand. 1. Aufl. S. 370. 371. 2. Aufl. II S. 690 fg., Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 6 fg., Bähr Anerkennung 2. Aufl. S. 70 Note 14, Bechmann Kauf I S. 13. 613. II S. 83 fg., Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 34. fg. [Bekker II S. 156 fg.]

der Erwartung erfolgender Gegenleistung geleistet hat, und zugleich bei seiner Leistung in erkennbarer Weise hervorgetreten ist, daß diese Annahme bez. Erwartung die Voraussetzung seiner Leistung bilde[10a]. Das römische Recht ging übrigens bei den von der Form nicht entbundenen Verträgen noch weiter, und gab demjenigen, welcher erfüllt hatte, selbst dann die Befugniß, die von ihm gemachte Leistung zurückzufordern, wenn die Gegenseite zur Erfüllung bereit war (s. g. Reuerecht)[11]; natürlich gilt auch diese Befugniß heutzutage nicht mehr[12].

[10a] Vgl. Thöl Handelsr. I § 85. 6. Aufl. § 279. Seuff. Arch. XV. 213, XXV. 281, XXVII. 122, XXXVIII. 210, vgl. XXXIV. 132. Der herrschenden Meinung entspricht das Gesagte nicht, und so im Besondern a. A. auch Römer a. a. O. (jedoch wie aus Festschrift ꝛc. [Note 6] S. 33 Note 11 hervorgeht, nicht in Betreff des unten unter b bezeichneten Falls), [Dernburg II § 21 Note 6]. Aber das Gesagte ist eine unmittelbare Consequenz aus der Lehre von der Voraussetzung (I § 97 fg.). a) Irrige Annahme bereits erfolgter Gegenleistung. Es ist begründet condictio indebiti. Der Leistende hat geleistet zum Zweck der Erfüllung seiner Verbindlichkeit, aber diese Verbindlichkeit war mit einer Einrede behaftet, deren Wegfall er irrigerweise angenommen hat. Römer a. a. O. beruft sich (nach Erxleben condict. sine causa II S. 474. I S. 101 fg.) gegen die condictio indebiti auf l. 51 D. de cond. ind. 12. 6. Allein diese Berufung ist aus mehr als einem Grunde nicht durchschlagend. Denn es bleibt die Möglichkeit, daß die Stelle Abwesenheit von Irrthum annimmt, und vor Allem: sie spricht die condictio nur demjenigen ab, der bloße „retentio“, keine „petitio“ hat. Ueber die besondere Ansicht von Brinz 2. Aufl. II S. 543 Note 13 f. § 426 Note 12. [Gegen die cond. indebiti auch Hanausek die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare II S. 217.] b) Erwartung erfolgender Gegenleistung, näher: daß die Gegenleistung erfolgen werde, ohne daß es nöthig sei, sie auf gerichtlichem Wege zu erzwingen. Es ist begründet condictio ob causam datorum. Der Leistende hat in diesem Fall nicht geleistet um seiner Verpflichtung willen, von der er wußte, daß er sie nicht zu erfüllen brauche, sondern in der That um der Gegenleistung willen; er hat um der Gegenleistung willen auf seine Einrede verzichtet. Zu weit geht Thöl a. a. O. S. 502. 6. Aufl. S. 934, und nach anderer Seite Brinz 2. Aufl. II S. 692. [Gegen die hier vorgetragene Ansicht Dernburg II § 21 Note 7, Hanausek a. a. O. S. 218 fg.] c) In dem einen und dem anderen Fall ist erforderlich, daß die Voraussetzung der Leistung in erkennbarer Weise hervorgetreten sei (I § 98). Es muß bei dem Empfänger ausgeschlossen gewesen sein die Möglichkeit der Annahme, daß die Leistung gemacht werde in Verzicht bez. was die condictio ob causam datorum angeht in voraussetzungslosem Verzicht auf die dem Leistenden zustehende Einrede. d) Der Nichtleistung steht die nicht gehörige Leistung gleich. Es ist aber zuzusehen, ob nicht im gegebenen Fall die condictio indebiti, die hier, wie überhaupt, Entschuldbarkeit des Irrthums erfordert, dadurch ausgeschlossen wird, daß der Leistende ohne Prüfung des Empfangenen geleistet hat. e) Durch Anbieten der Gegenleistung wird das Rückforderungsrecht hinfällig. In diesem Sinne kommt hier der Satz zur Anwendung, daß die cond. indebiti nur durch eine exceptio perpetua begründet wird (l. 26 § 3. 7 l. 40 pr. D. de cond. ind. 12. 6). Uebrigens kann die exceptio „perpetua fieri“ (l. 56 eod.), durch eine den Schuldner nicht befreiende Unmöglichkeit der Leistung. Vgl. Seuff. Arch. XV. 213, XXV. 281, XXVII. 112, XXXIII 210, auch XXXIV. 132.

[11] L. 3 § 2. 3 l. 5 pr. § 3. 4 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. Bekannt-

3. [13]Fällt die Verbindlichkeit einer der vertragschließenden Parteien weg, so ist zu unterscheiden, ob dieß durch Erfüllung oder anderweitige Befriedigung des Gläubigers[14], oder ob es ohne Befriedigung

lich ist die Existenz des Reurechts sehr bestritten, vgl. den Bericht bei Vangerow III § 598 Anm. Nr. IV, hinzuzufügen Witte Bereicherungsklagen S. 116 fg., Voigt condict. ob causam § 79, Pernice krit. VJSchr. X S. 118 fg., Bekker die Aktionen I S. 126 fg., Wendt Reurecht und Gebundenheit Heft I: die condictio ex poenitentia 1878 (vgl. § 427 Note 1), Manns das Pönitenzrecht 1879 (darüber Brinz krit. VJSchr. XXIII S. 210 fg.), Karsten Lehre vom Vertrage 1882 S. 46 fg., Pfersche Bereicherungsklagen S. 151 fg., Brinz 2. Aufl. II § 303 Note 34. [Gradenwitz Interpolationen S. 146 fg., Lenel Zeitschr. der Sav.-Stift. IX S. 181 fg., J. Bendixen das ius poenitendi, Göttinger Inaug.-Dissert. 1889.] Jedenfalls findet das Reuerecht seine ausreichende Erklärung in der Ungleichheit, welche vor Einführung der actio praescriptis verbis ohne dasselbe zu Gunsten des Empfängers und zu Ungunsten des Gebers stattgefunden haben würde. Vgl. Windscheid Voraussetzung S. 165. 166 (namentlich auch Note 9 daselbst). (Daß Wendt a. a. O. S. 33 mir eine ganz andere Absicht zuschreibt, hat er durch das Jahrb. f. Dogm. XXII S. 322 Gesagte erklärt, aber nicht gerechtfertigt.)

[12] Das römische Recht hätte das Reuerecht schon seit der Ausbildung der actio praescriptis verbis fallen lassen sollen. Seit dieser Zeit befindet sich umgekehrt kraft desselben der Geber in einem unbilligen Vortheil dem Empfänger gegenüber. Jedenfalls kann das Reuerecht heutzutage nicht mehr gelten, aus demselben Grunde, aus welchem auch die condict. ob causam datorum bei gegenseitigen Verträgen nicht mehr gilt. Seine heutige Geltung wird auch nur höchst vereinzelt behauptet, s. z. B. von Schmitthenner über Verträge insbesondere das Reuerecht S. 164 fg. Nicht dahin gehört Erxleben condict. sine causa II S. 476 fg., gegen dessen Behauptung, daß auch heutzutage trotz der Bereitwilligkeit des Empfängers zur Gegenleistung die gemachte Leistung zurückgefordert werden könne, wenn „nach dem Zweck und der Richtung des geschlossenen Vertrages oder zufolge zugestandenen Vorbehalts der wirkliche Vollzug desselben von der Willkür (des Leistenden) abhängig (sei)" (mit anderen Worten: wenn das Reuerecht ausdrücklich oder stillschweigend ausbedungen sei), nichts einzuwenden ist. Vgl. § 428 Note 12.

[13] Wächter Arch. f. civ. Pr. XV S. 97 fg. 188 fg. (1832). Madai die Lehre von der Mora S. 277—284 (1837). Wolff zur Lehre von der Mora S. 129—145 (1841). Fuchs Arch. f. civ. Pr. XXXIV S. 106 fg. 224 fg. 385 fg. (1851). Kuntze in obligationibus bilateralibus ad utrum contrahentium obligationis periculum pertineat? (1851). Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht I S. 329 fg. III S. 416—422 (1853. 1855) und dazu Windscheid Heid. krit. Zeitschr. II S. 135 fg. Reatz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XV S. 351 fg. (1858.). Jhering Jahrb. f. Dogm. III S. 449 fg. (1859). Goose das. IX S. 197 fg. (1868). Stintzing das. X S. 177 fg. (1869). Hofmann über das Periculum beim Kaufe. Wien 1870. Regelsberger krit. VJSchr. XIII S. 90—104 (1871). Bechmann Kauf I S. 591 fg. II S. 99 fg. (1876. 1884). Puntschart die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Privatrechts (1885) [(darüber Eck Zeitschr. f. H. R. XXVIII S. 141 fg., Hellmann krit. VJSchr. XXX S. 216 fg.). Loewy die Unmöglichkeit der Leistung bei zweiseitigen Schuldverhältnissen. Berl. Inaug.- Diss. 1888.] Vangerow III § 591 Anm. Sintenis II S. 468 fg., Brinz 2. Aufl. II § 277, [Dernburg II § 20].

[14] Dahin gehört außer Leistung an Erfüllungsstatt, gerichtlicher Hinterlegung,

des Gläubigers geschieht. Im ersten Falle geht die nicht mehr verbundene Partei ihres Anspruches auf die Gegenleistung nicht verlustig[15], im zweiten Fall ist das Princip, daß, wer selbst seine Verbindlichkeit nicht zu erfüllen braucht, auch die Gegenleistung nicht verlangen kann[16]. Jedoch kommt dieses Princip nicht in allen Fällen rein zur Anwendung. Im Besonderen[17] ist in den Quellen für den Kaufvertrag anerkannt, daß, wenn die verkaufte Sache ohne Schuld des Verkäufers untergeht oder ihm abhanden kommt, der Käufer dennoch das Kaufgeld zahlen muß[18]. Der Grund dieser Ausnahme-

Compensation, Novation, auch der Erlaß des Gläubigers. Durch den Erlaß erhält zwar der Gläubiger nichts, aber er ist zufrieden damit, nichts zu erhalten. In Betreff der Novation vgl. noch Römer bedingte Novation § 12.

[15] Was den Erlaßvertrag angeht, s. l. 56 D. de pact. 2. 14, l. 5 D. loc. 19. 2, l. 16 D. de lib. leg. 34. 3. Die acceptilatio wurde jedoch von den Römern aufgefaßt als der Ausdruck der „voluntas utriusque . . id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quidquam peteret“, wobei aber die acceptilatio „non sua natura, sed potestate conventionis valet“, l. 5 pr. D. de resc. vendit. 18. 5, s. auch l. 23 D. de acc. 46. 4. Vgl. Dernburg Compensat. S. 78 (80), Mommsen Beitr. III S. 417, Bähr Anerkennung S. 145 (159) Note 4, Keller Jahrb. d. gem. R. IV S. 361, Römer bedingte Novation S. 133 fg.

[16] L. 50 D. de A. E. V. 19. 1. „Bona fides non patitur, ut, cum emtor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compellatur et re sua carere . .“. L. 9 § 1. 4. 6 D. loc. 19. 2 (Wegfall der Verbindlichkeit des Vermiethers). — Andere, so namentlich Wächter a. a. O., Madai a. a. O., Dernburg Compens. S. 76 (77), Reatz a. a. O., Bruns in v. Holtzendorff's Encyc. I S. 338 (4. Aufl. S. 485), stellen das umgekehrte Princip auf, ausgehend davon, daß die beiden durch den gegenseitigen Vertrag erzeugten Obligationen von einander unabhängig seien, und daß daher der Wegfall der einen die andere nicht afficire (s. übrigens auch Bruns a. a. O. S. 326 [4. Aufl. S. 472]). Diese Auffassung wird aber dem Wesen des gegenseitigen Vertrages nicht gerecht (s. Note 2). Die beiden durch den gegenseitigen Vertrag erzeugten Obligationen sind eben nicht unabhängig von einander, sondern die Erfüllung der einen bedingt die Befugniß, Erfüllung der anderen zu fordern. S. auch Regelsberger a. a. O. S. 92. Eine Entwickelung im römischen Recht nimmt an Bechmann Kauf I S. 540 fg. II S. 100. [Dernburg II § 20 Note 1.] — Wie ist es, wenn die Verbindlichkeit der einen Partei theilweise wegfällt, kann diese dann den entsprechenden Theil der Gegenleistung fordern, oder kann nun die andere Partei von dem Vertrage ganz zurücktreten? Das Princip der Entscheidung ist, daß auf die „contemplatio“ dieser Partei gesehen werden muß (vgl. l. 58 D. de contr. emt. 18. 1), ob sie auch um diesen Theil den Vertrag abgeschlossen haben würde. Vgl. Mommsen Beiträge I S. 290. [Schall Arch. f. civ. Pr. LXXIII S. 429 fg.]

[17] Vgl. außerdem I § 123 Note 3. Freilich ist das daselbst Gesagte sehr bestritten.

[18] Der gewöhnliche Ausdruck für diesen Satz ist: der Käufer trage die Gefahr der Sache. S. über diesen Ausdruck Wächter S 99—119, Mommsen I S. 237—245, Hofmann S. 1 fg., Brinz 2. Aufl. II § 277, und über die Sache § 3 I de emt. et vend. 3. 23, l. 34 § 6 D. de contr. emt. 18. 1, l. 5 § 2 D.

bestimmung ist darin zu suchen, daß die Verkaufserklärung eine Entäußerungserkärung ist. Das will sagen, daß ihr Inhalt nicht sowohl der ist, daß der Verkäufer sich verpflichte, die verkaufte Sache hinzugeben, als vielmehr, daß er sie hingebe[19]. In Folge dieser Natur der Verkaufserklärung wird die verkaufte Sache vom Rechte, was das Verhältniß des Verkäufers zum Käufer angeht, behandelt als sei sie bereits aus dem Vermögen des Verkäufers ausgeschieden und in das Vermögen des Käufers übergetreten[19a]. Weil dieses der Grund

---

de resc. vend. 18. 5, l. 8 pr. D. de per. et comm. 18. 6, l. 14. 15 D. de I. D. 23. 3 u. a. m.; über l. 13—15 [12—14] D. de per. und l. 33 D. loc. 19. 2 s. Mommsen I S. 332—336, Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 393. 415 fg., Vangerow III § 591 Anm. Nr. IV. 1, Bekker Jahrb. d. gem. R. V S. 381, Hofmann S. 161 fg., Pernice Labeo I S. 463 Note 28, Kohler Jahrb. für Dogm. XVII S. 288 fg., Hartmann das. XXII S. 427 fg., v. Schey die mora creditoris S. 30 fg., [Dernburg II § 96 Note 2], und unten § 390 Note 3a. — Bestritten wird der Satz neuerdings von Puntschart in der in Note 13 citirten Schrift. In Wirklichkeit aber wird von diesem Schriftsteller nicht sowohl geleugnet, als beschränkt. Der Grundgedanke Puntschart's ist nämlich, daß der Uebergabe der Sache die Bereitschaft des Verkäufers zur Uebergabe gleichstehe (S. 218 fg.). Der Verkäufer erfülle seine Verpflichtung nicht bloß durch die Uebergabe, sondern auch dadurch, „daß er dem Käufer gegenüber zur Uebergabe effectiv bereit ist, dieselbe aber des Käufers wegen unterbleibt". Daraus folgt, daß der Käufer die Gefahr nur dann trägt, wenn der Vertrag auf Holen gestellt ist (S. 220, vgl. 313), und daß er sie nicht trägt beim befristeten Kauf (S. 217), jedenfalls dann nicht, wenn die Befristung nicht von ihm ausgegangen ist (S. 220 vgl. 312). Der Verf. hat den Muth [vgl. Eck a. a. O. S. 141] diese Beschränkung in die allgemein redenden Stellen der Quellen hineinzutragen, indem er von dem Versuche ausgeht (S. 48 fg.), nachzuweisen, daß l. 8 pr. D. de peric. unter „perfecta emtio" einen zur „Vollwirksamkeit" gediehenen Vertrag verstehe. [Gegen Puntschart Eck und Hellmann a. a. OO., Loewy (Note 13), Dernburg II § 96 Note 2. Dagegen übereinstimmend mit Puntschart, aber unabhängig von demselben, K. W. F. Heßler, Perfect,(1885). Gegen diesen H. Brandis krit. VJSchr. XXVIII S. 556 fg.]

[19] Vgl. § 389 Note 2.

[19a] Das Gesagte ist weit davon entfernt, allgemein anerkannt zu sein. Vertreten wird es (wenigstens dem Grundgedanken nach) von Kuntze a. a. O., Windscheid Heid. krit. Zeitschr. II S. 136. 137 (wo aber der Ausdruck nicht vorsichtig genug gefaßt ist, vgl. § 390 Note 3), Scheurl Beiträge II S. 64, Keller Jahrb. des gem. R. IV S. 364—366, Mommsen Erörterungen I S. 29—31 (vgl. dens. Beiträge III S. 422 Note *), Goose a. a. O. (§ 390 Note 3), Stintzing a. a. O., Bernhöft Jahrb. f. Dogm. XIV S. 58 fg. 126 fg., Wendt Reurecht und Gebundenheit Heft 2 S. 98, Lenel Jahrb. f. Dogm. XIX S. 216, s. auch Römer Arch. für civ. Pr. LXII S. 180 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 319. 335. 697. Die Gegenbemerkungen von Bechmann Kauf I S. 608 fg. II S. 104 fg. und von Puntschart a. a. O. S. 16 fg. können mich nicht bestimmen, meine Ansicht aufzugeben. Verwandt ist die Ansicht, nach welcher der zu erklärende Satz ein Ueberbleibsel aus einer älteren Zeit sein soll, wo der Kauf Realcontract gewesen sei, vgl. Regelsberger a. a. O. S. 103, Pernice Labeo I S. 457 ff. Andere helfen sich mit der Annahme einer Fiction; obgleich der Verkäufer noch

der Ausnahmebestimmung ist, muß sie auf jeden anderen gegenseitigen Vertrag, in welchem eine Entäußerungserklärung enthalten ist, übertragen werden[19b]. — Fällt die Verbindlichkeit einer der vertragschließenden Parteien weg, nachdem sie die Gegenleistung bereits erhalten hat, so braucht sie das Erhaltene gewiß nicht herauszugeben im Falle der Erfüllung oder anderweitigen Befriedigung des Gläubigers; für die übrigen Fälle läßt sich ein Princip nicht aufstellen[20].

nicht erfüllt habe, werde es so angesehen, als habe er erfüllt, s. Fuchs a. a. O., Mommsen Beiträge I S. 349, Ude Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 396 fg. Das ist zunächst doch nur eine rein formelle Erklärung, eine Wiedergabe des zu erklärenden Satzes in anderer Form; warum wird es so angesehen? Wenn darauf Fuchs zur Antwort giebt: weil überhaupt die schuldlose Unmöglichkeit der Erfüllung der Erfüllung gleichgestellt wird, so darf gesagt werden, daß er diese Behauptung nicht bewiesen habe, s. auch Mommsen Beitr. I S. 326—329; wenn aber Mommsen sich auf die Natur des Kaufvertrages beruft, welcher eine sofortige Erfüllung entspreche, während ein Aufschub der Erfüllung als etwas Zufälliges erscheine, so ist n. m. A. diese Berufung entweder zur Erklärung des zu Erklärenden ungenügend, oder sie ist nur ein anderer, bloß weniger entwickelter Ausdruck für die hier vertretene Ansicht. Auf die durch die Natur des Kaufvertrages begründete Regel sofortiger Erfüllung beruft sich auch Vangerow III § 591 Anm. Nr. IV a. E. (in der 7. Aufl. mit einem Zusatz im Sinne der unten bezeichneten Ansicht Regelberger's). Jhering Jahrb. f. Dogm. III S. 462—466 sucht die Erklärung in der Verschuldung, welche den Käufer in Betreff des Aufschubs der Erfüllung treffe; eine solche Verschuldung werde regelmäßig vorhanden sein, werde aber jedenfalls, um Streitigkeiten abzuschneiden, vom Recht als vorhanden angenommen. Mir scheint das Erste nicht richtig, und das Letzte äußerst unwahrscheinlich. Aehnlich wie Jhering auch Bechmann Kauf I S. 594. 605. II S. 99 fg., nur daß dieser Schriftsteller die Idee der Verschuldung des Käufers fern hält: den Käufer treffe die „Initiative". Das ist auch die Auffassung Puntschart's, der aber nach derselben den Satz beschränkt (Note 18). Noch andere Auffassungen bei Karlowa in der in Note 2 cit. Dissertation p 26 sqq., Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 202 fg., Dernburg Compensation 2. Aufl. S. 76. [Pand. II S. 56 (57),] Degenkolb Platzrecht und Miethe S. 189 fg., Goldschmidt Zeitschr. für Handelsr. XV S. 621, Köppen Jahrb. für Dogm. XI S. 391 Note 497. Eine „historische Erklärung" sucht zu geben Hofmann a. a. O. (der Satz sei aus dem griechischen Recht entlehnt), s. dagegen Regelsberger a. a. O. S. 104, Pernice Labeo I S. 462 Note 26. [Für die historische Erklärung wieder Loewy (Note 131) S. 117 fg.] Ueber die Auffassung, nach welcher der Satz nicht als Ausnahme, sondern als Ausdruck der Regel erscheint, s. Note 16. In dieser Auffassung, welche er als die anfängliche des römischen Rechts annimmt, sieht auch Bechmann Kauf I S. 591 fg. den Ursprung des Satzes. [Ebenso Dernburg II § 96 Note 3, Brandis (Note 18) S. 560 fg.] Für durchaus irrationell erklärt den Satz R. Oesterlen in der (gut geschriebenen) Tübinger Inaug.-Diss.: der mehrfache Verkauf derselben Sache, 1883, S. 52 fg.

[19b] So z. B. bei dem Tauschvertrage, bei dem Gesellschaftsvertrage, wenn der Gesellschafter etwas in die Gesellschaft hinzugeben erklärt, bei der Hingabe an Erfüllungsstatt. Bechmann Kauf II § 163 Nr. 5. Seuff. Arch. VIII. 126.

[20] Die in Note 16 citirte l. 50 D. de A. E. V. fährt fort: — „possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor aeque amitteret, utpote cum petenti eam rem [emtor exceptionem rei venditae et traditae obiciat,

4. Kommt sogleich bei Abschließung des Vertrages für eine der vertragschließenden Parteien wegen eines entgegenstehenden Ungültigkeitsgrundes eine Verbindlichkeit nicht zu Stande, so kann es sein, daß auch für die andere Partei eine Verbindlichkeit nicht entsteht[21]; jedenfalls aber, wenn auch eine solche entsteht, kann die nicht verbundene Partei Erfüllung derselben nicht verlangen, ohne ihrerseits dasjenige zu leisten, was sie, wenn auch ungültig, versprochen hat[22]. In diesem letzteren Falle hängt es also von dem Willen der nicht verbundenen Partei ab, ob der Vertrag in Vollzug gesetzt werden soll, oder nicht[23].

ut perinde habeatur ac si] petitor ei neque vendidisset neque tradidisset". Vgl. Keller Jahrb. d. gem. R. IV S. 354 fg., Bechmann Kauf I S. 598 fg., Puntschart S. 198 fg., und zu dem „aeque" l. 3 D. de pign. 20. 1: aeque servanda erat creditori actio Serviana; aeque = gleichwohl; hier: trotzdem daß der Käufer das Kaufgeld nicht erhält.) Dagegen kann das gezahlte Miethgeld zurückgefordert werden, wenn die Leistung des vereinbarten Gebrauchs dem Vermiether ohne seine Schuld unmöglich wird. L. 9 § 4 l. 19 § 6 l. 33 D. loc. 19. 2, l. 15 § 6 eod., § 400 Note 5, § 401 Note 6. S. auch l. 33 D. loc. 19. 2.

21 So namentlich, wenn der Grund, weßwegen für die eine Partei eine Verbindlichkeit nicht zu Stande kommt, Unmöglichkeit der Leistung ist, l. 57 pr. D. de contr. emt. 18. 1. Unerlaubtheit der Leistung: Seuff. Arch. XXIV. 245. — Wie ist es bei theilweiser Unmöglichkeit — kommt dann eine Verbindlichkeit für den andern Theil gar nicht zu Stande, oder wird derselbe auf den entsprechenden Theil der Gegenleistung verpflichtet (in beiden Fällen natürlich Nichtwissen des andern Contrahenten vorausgesetzt)? Im Allgemeinen kommt es auf seine „contemplatio" an, ob er auch um den noch möglichen Theil der Leistung contrahirt haben würde; eine positive Entscheidung in l. 57 pr. cit. S. auch den folgenden Theil dieser Stelle und l. 58 eod. Mommsen Beitr. I S. 162 fg., Windscheid Heid. krit. Zeitschr. II S. 119 fg. [L. 57 cit. hält Gradenwitz Interpolationen S. 46 fg. für interpolirt, s. auch Eisele Zeitschr. d. Sav.-Stift. VII S. 30.].

22 Dieses Verhältniß tritt namentlich dann ein, wenn ein Geschlechtsunreifer einen gegenseitigen Vertrag ohne Mitwirkung seines Vormundes abschließt, pr I. de auct. 1. 21, l. 13 § 29 D. de A. E. V. 19. 1, l. 5 § 1 D. de auct. 26. 8, l. 7 § 1 D. de resc. vend. 18. 5. Ferner dann, wenn Jemand eine gestohlene Sache, wissend daß sie gestohlen ist, kauft, l. 34 § 3 D. de contr. emt. 18. 1. Vgl. ferner l. 31 § 1 D. de R. C. 12. 1, l. 57 pr. D. de aed. ed. 21. 1, und dazu Mandry Familiengüterrecht I S. 147. (S. übrigens, was Geschlechtsunreife angeht, auch den Schluß der l. 7 § 1 D. de resc. vend.: wenn ein Geschlechtsunreifer mit demjenigen, mit welchem er in rechtsverbindlicher Weise einen Kaufvertrag abgeschlossen hat, übereinkommt, daß der Vertrag aufgehoben sein solle, so ist dadurch er nicht verbunden, deßwegen aber auch der andere Contrahent nicht.) Vgl. Kohler Grünhut's Zeitschr. VII S. 742.

23 Man hat die im Text behandelten Verträge hinkende Verträge, negotia claudicantia, genannt (vgl. l. 13 § 29 cit.: — „ex uno latere constat contractus"). Ueber die Natur dieser Verträge herrscht aber keine Einigkeit. Folgende Auffassungen sind aufgestellt worden. 1) Es findet bei den genannten Verträgen eine unentschiedene (s. g. relative) Nichtigkeit statt (I § 82 Note 8); es hängt die Rechtsbeständigkeit des Vertrages von dem Willen des einen der Contrahenten ab. Entscheidet derselbe sich aber für die Rechtsbeständigkeit, so er-

5. Ein ähnliches Verhältniß kann stattfinden auch ohne daß der Vertrag für eine der Parteien ungültig ist. Hierher gehört: a) der Fall, wo die Verbindlichkeit der einen Partei auf ihren nackten Willen gestellt ist[24]; b) der Fall, wo der Vertrag unter Abwesenden geschlossen wird und in Folge davon nur schrittweise zu Stande kommt[25]. In beiden Fällen hängt ebenfalls der Vollzug des Vertrages von der Willkür des einen der Contrahenten ab, und der Unterschied gegen den Fall unter 4 ist nur der, daß hier, wenn es zum Vollzuge des Vertrages kommt, der den Vollzug Fordernde auch seinerseits verbunden ist[26].

langt der Vertrag dadurch volle Wirksamkeit, und erzeugt also eine Verbindlichkeit auch für den entscheidenden Contrahenten selbst. Diese Auffassung, welche u. A. von Savigny Syst. III S. 40, Puchta § 232. a, neuestens von Puntschart a. a. O. (Note 13) S. 179 fg., vertreten wird, ist an und für sich möglich, aber nicht gut vereinbar mit den Aussprüchen der Quellen, in denen es geradezu heißt, daß der eine Contrahent „obligatur", der andere „non obligatur" (doch vgl. auch l. 6 § 1 i. f. D. de contr. emt. 18. 1). Eine formelle Modification dieser Meinung ist die Meinung von Wächter (s. in diesem Lehrbuch I § 82 Note 8); derselbe nimmt Nichtigkeit an, welche durch die Erklärung des einen Contrahenten zur Gültigkeit wird. 2) Es ist in der That der eine der Contrahenten verpflichtet, der andere nicht; aber die Verpflichtung, welche für jenen entstanden ist, hat zum Inhalt nicht Leistung schlechthin, sondern Leistung gegen Gegenleistung. So Keller Jahrb. des gem. R. IV S. 352 fg. 358 fg. Dieser Auffassung steht entgegen, daß die Berufung auf die nicht erfolgte Gegenleistung in unseren Quellen exceptio genannt wird (s. Note 2). 3) Es ist nur der eine der Contrahenten verpflichtet, der andere nicht; aber wenn auch der andere nicht verpflichtet ist, so handelt derselbe doch gegen die Absicht des Vertrages, welcher ihm sein Forderungsrecht gegeben hat, wenn er dasselbe geltend macht, ohne zu leisten, was er versprochen hat. Dieß ist die hier vertretene Auffassung; s. außerdem Arndts § 234 Anm. 3. 4, Brinz 1. Aufl. S. 1641 fg. 4) Der eine der Contrahenten ist civiliter verpflichtet, der andere nur naturaliter (auf die Bereicherung oder schlechthin). So namentlich Brandis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII S. 133 fg., [s. aber jetzt dens. krit. VJSchr. XXVIII S. 562 Note 1], s. außerdem Fritz Erläuter. II S. 273. 274, Sintenis I § 17 Note 25, Vangerow I S. 518 fg., Bechmann Kauf II S. 183 fg., und vgl. auch Ihering Geist des röm. Rechts III S. 192.

[24] Das Verhältniß ist hier näher dieses. Derjenige Contrahent, dessen Verbindlichkeit auf seinen nackten Willen gestellt ist (Bedingung: si voluerim), ist einstweilen gar nicht verbunden; der andere Contrahent ist verbunden unter der Bedingung des Wollens seines Mitcontrahenten (Bedingung: si voluerit). Vgl. I § 93 Note 1, auch II § 308 Note 18.

[25] S. § 306 Note 9.

[26] In dem ersten der genannten Fälle bringt der bisher nicht gebundene Contrahent durch die Erfüllung der Bedingung, unter welcher der andere Contrahent verpflichtet ist — die Erklärung seines Willens, daß derselbe verpflichtet sein solle — da er nur das ganze Geschäft wollen und nicht wollen kann, auch für sich eine Verbindlichkeit zu Stande. In dem zweiten Fall wird eine Verbindlichkeit für den bisher nicht gebundenen Contrahenten schon dadurch erzeugt, daß die Erklärung der Vertragsannahme beim Gegner eingeht (§ 306 Note 9).

γ. Glücksverträge*.

§ 322.

Eine besondere Art der Verträge bilden ferner die Glücksverträge oder gewagten Verträge. Es sind dieß diejenigen Verträge, die es von einem Zufall abhängig machen, für welche der Parteien der Vertrag einen Vortheil, für welche er einen Nachtheil zu Wege bringen soll. Die Glücksverträge sind entweder besondere Gestaltungen anderer Verträge, welche an und für sich keine Glücksverträge sind[1], oder sie sind Verträge mit einem ihnen eigenthümlichen Vertragsinhalt[2]. — Die Glücksverträge sind nicht unbedingt erlaubt. Das Princip der Entscheidung ist folgendes: unerlaubt sind diejenigen Glücksverträge, in welchen beide Parteien die Gefahr eines Verlustes übernehmen, um einen Gewinn zu machen; erlaubt sind diejenigen, in welchen wenigstens eine der Parteien ein berechtigtes Lebensinteresse verfolgt[3].

δ. Nebenverträge.

§ 323.

Der Vertragsinhalt, welcher einen Vertrag zu einem Vertrag gewisser Art macht und als solchen gewissen Regeln unterwirft, kann durch eine besondere Beredung, ohne ein wesentlich anderer zu werden, modificirt werden. Eine solche Beredung bildet dann dem Hauptvertrage gegenüber einen Nebenvertrag. Die Nebenverträge können den verschiedensten Inhalt haben; hier sind wegen ihrer allgemeinen Bedeutung diejenigen hervorzuheben, durch welche einer Partei oder beiden Parteien der Rücktritt gestattet wird[1].

---

* Puchta § 258, Arndts § 236, Sintenis II S. 292—295, v.d.Pfordten Abhandl. S. 327 fg.

[1] So z. B. das Schiffsdarlehn (§ 371 a. E.), die emtio spei (§ 385 Note 5). L. 2. 3. 5 [1. 2. 4] C. de naut. foen. 4. 33, l. 5 D. eod. 22. 2, l. 8 § 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 7. 10. 11. 13 D. de H. v. A. V. 18. 4, l. 11 § 18 l. 12 D. de A. E. V. 19. 1. § 322.

[2] So z. B. der Spielvertrag, der Wettvertrag, der Versicherungsvertrag. — Gegen die Aufstellung der Kategorie Glücks- oder gewagte Verträge als einer besonderen Kategorie der Verträge erklärt sich Wilda Zeitschr. für deutsches R. VIII S. 200—207. Ebenso Fr. Endemann Grünhut's Zeitschr. XII S. 347. 419.

[3] Beim Spielvertrag z. B. wollen beide Parteien lediglich gewinnen, beim Versicherungsvertrag will zwar auch die eine Partei gewinnen, die andere dagegen sich gegen Schaden schützen. Vgl. Blätter f. RAnwendung zun. in Bayern XXXVIII S. 59.

[1] Vgl. zum Folgenden Glück XVI S. 239—308, Unterholzner II § 429—431, Sintenis II S. 323—331. Czyhlarz zur Lehre von der Resolutivbedingung S. 38 fg. (1871). Wendt Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften. Heft 2. Die Reuverträge. Erlangen 1879. Bechmann Kauf II S. 487 fg. (1884). § 323.

Der Rücktritt kann unbedingt[1a] oder nur für einen gewissen Fall gestattet werden; namentlich[1b] kommt es bei gegenseitigen Verträgen häufig vor, daß einer Partei der Rücktritt gestattet wird für den Fall, daß die andere Partei ihre Verbindlichkeit nicht erfüllen sollte[2], oder für den Fall, daß ein Dritter sich bereit erklären sollte, den gleichen Vertrag mit ihr unter günstigeren Bedingungen einzugehen[3]. Mag der Rücktritt unbedingt oder nur für einen gewissen Fall gestattet sein, so ist im Zweifel als Wille der Parteien anzunehmen, daß, wenn der Rücktritt erfolgt, der Vertrag als nicht geschlossen gelten solle[4]. Mit anderen Worten: der Vertrag mit gestattetem Rücktritt ist im Zweifel anzusehen als abgeschlossen unter einer auflösenden Bedingung, deren Inhalt entweder schlechthin der ist, daß eine Partei die Wiederaufhebung des Vertrages wollen sollte, oder der, daß ein gewisser Umstand eintreten und dann die Partei die Wiederaufhebung wollen sollte[5]. Hiernach bestimmt sich die rechtliche Bedeutung des

---

[1a] S. g. pactum displicentiae. L. 3 D. de contr. emt. 18. 1, l. 6 D. de resc. vend. 18. 5, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 2 § 5 D. pro emt. 41. 4, l. 11 § 13 D. quod vi aut. cl. 43. 24, l. 4 C. de aed. act. 4. 58, l. 7 C. de pact. int. emt. 4. 54. Alle diese Quellenzeugnisse beziehen sich auf den Kaufvertrag. Vgl. § 387 in der zweiten Hälfte; übrigens auch Fitting Zeitschr. f. Handelsrecht V S. 87. 113. Bechmann a. a. O. S. 547 fg.

[1b] Vgl. Kierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck 1867 Nr. 16. Wendt S. 40 fg.

[2] Lex commissoria. Dig. 18. 3 de lege commissoria. Auch dieser Titel, wie der in der folgenden Note genannte, bezieht sich nur auf den Kaufvertrag. Vgl. Wolff Mora S. 76 fg. Gerber Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde § 31. 32 (dazu Windscheid krit. VJSchr. I S. 130. 131). Burkhard Arch. f. civ. Pr. LI S. 151 fg. 289 f. (1868). Bechmann a. a. O. S. 519 fg.

[3] In diem addictio. Dig. 18. 2 de in diem addictione. Der Ausdruck bezieht sich auf den gewöhnlichen Fall, wo für das bessere Gebot eine Zeitfrist gesetzt ist. Ob l. 41 pr. D. de R. V. 6. 1 in ihrer ersten Hälfte von dem Falle zu verstehen ist, wo dieß nicht geschehen ist? Vgl. Unterholzner II § 429 Anm. c, Sintenis S. 326 Note 13, Vangerow I § 96 Nr. 2. b, Bechmann a. a. O. S. 512 fg. — Wann kann man sagen, daß ein besseres Gebot gestellt sei? L. 4 § 6 l. 5 l. 14 § 3. 5 l. 15 D. h. t.

[4] S. noch l. 7 C. de pact. int. emt. 4. 54. — Möglicherweise können die Parteien auch gewollt haben, daß durch den Rücktritt nur eine obligatorische Verpflichtung auf Rückgängigmachung der durch den Vertrag erzeugten rechtlichen Wirkung entstehen solle. Vgl. I § 90 Note 2, und in Betreff des pactum displicentiae beim Kaufvertrage § 387 Note 7. A. M. Bechmann S. 501. 511 Anm. 1.

[5] L. 9 l. 11 § 1 l. 12. 13 pr. l. 14 § 2 D. de in diem add. 18. 2, l. 2 l. 4 § 1 D. de lege comm. 18. 3. — Wendt a. a. O. namentl. S. 42 fg. kämpft mit Lebhaftigkeit für eine „begriffliche Verschiedenheit von Reuvertrag und Bedingung". Wenn er dabei geltend macht, daß nicht der Reuvertrag als solcher „gleich einer condicio deficiens" das Geschäft zur Auflösung bringe, sondern der erklärte Rücktritt, so wäre es doch eine merkwürdige Rohheit der Auf-

den Rücktritt gestattenden Nebenvertrages näher[6]. Außerdem bemerke man noch Folgendes. 1) Ist das Rücktrittsrecht für den Fall besseren Gebots gestattet, so hat der erste Contrahent im Zweifel die Befugniß, in das bessere Gebot seinerseits einzutreten, und dadurch den Vertrag für sich aufrecht zu erhalten[7]. 2) Ist das Rücktrittsrecht von der Nichterfüllung der Verbindlichkeit des Gegners abhängig gemacht, so ist es begründet, sobald die fällige Leistung nicht gemacht wird; Mahnung ist nicht erforderlich[8]. Ebensowenig ist erforderlich, daß dem Schuldner die Versäumung der Erfüllung zur Schuld angerechnet werden könne[9]; nur dann ist das Rücktrittsrecht nicht be-

---

fassung, wenn Jemand behaupten wollte, der Rücktrittsvertrag *sei* eine auflösende Bedingung, statt, er *setze* eine auflösende Bedingung. Das würde freilich keiner Widerlegung bedürfen. Des Ferneren beruft sich Wendt darauf, daß die auf das nackte Wollen gestellte Bedingung eine Bedingung besonderer Art sei und einer besonderen rechtlichen Behandlung unterliege. Aber doch nur für den Reuberechtigten, nicht für seinen Gegner, und auch für Jenen ist die Bedingung deßwegen nicht weniger eine Bedingung, weil sie eine Bedingung besonderer Art ist. Vgl. über die Schrift von Wendt auch Bechmann S. 493 fg. Dieser letzte Schriftsteller bestreitet die Berechtigung des Ausdrucks Resolutivbedingung; es dürfe nur von einem auflösenden Vorbehalt gesprochen werden (s. namentlich S. 497).

[6] Also es ist zu sagen: 1) durch den Rücktritt hört die von dem Vertrage erzeugte rechtliche Wirkung für die Zukunft ohne Weiteres (ipso iure) auf, l. 41 pr. D. de R. V. 6. 1, l. 4 § 3 D. de in diem add. 18. 2, l. 8 D. de lege comm. 18. 3, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 4 C. de pactis inter emt. 4. 54. Vgl. I § 90 Note 1. Bechmann S. 528 fg. 551 fg. bestreitet die dingliche Wirkung des Rücktritts bei der lex commissoria und dem pactum displicentiae. 2) Dagegen bleibt die von dem Vertrag erzeugte rechtliche Wirkung für die Vergangenheit an und für sich bestehen, und es entsteht nur für denjenigen, zu dessen Gunsten sie eingetreten ist, die obligatorische Verpflichtung, sie auch für die Vergangenheit rückgängig zu machen, l. 4 § 4 l. 6 pr. l. 16 D. de in diem add. 18. 2, l. 4 pr. l. 5 D. de leg. comm. 18. 3, l. 11 § 10 D. quod. vi aut cl. 43. 24. Vgl. I § 91 Note 3. 3) Nichtsdestoweniger verlieren die Verfügungen, welche auf Grund der durch den Vertrag erzeugten rechtlichen Wirkung in der Zwischenzeit getroffen worden sind, durch den Rücktritt ihren rechtlichen Bestand, l. 4 § 3 D. de in diem add. 18. 2, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6. Dieß jedoch mit Ausnahme derjenigen, welche durch den Rücktretenden selbst getroffen worden sind, weil für ihn die Bedingung eine Bedingung: si voluerim war, l. 3 cit. Vgl. I § 93 Note 3. Ein Unterschied zwischen Eigenthumsübertragung auf der einen Seite und Bestellung von Rechten an fremder Sache darf dabei nicht gemacht werden, und ist von mir nie gemacht worden (wie Bechmann a. a. O. anzunehmen scheint).

[7] L. 6 § 1 l. 7. 8 D. de in diem add. 18. 2. Ueber l. 6 § 1 cit. s. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. V S. 105, Bechmann S. 509.

[8] L. 4 § 4 D. de lege comm. 18. 3. Seuff. Arch. XXIII. 196. Diese Stelle macht keinen Unterschied, ob ein Leistungstermin festgesetzt ist, oder nicht; vgl. auch § 285 Note 4. Burckhard a. a. O. S. 155 fg., Bechmann S. 523 fg. A. M. Unterholzner II S. 222 Note d, Sintenis II § 101 Anm. 24.

[9] Wenn es in l. 51 § 1 D. de A. E. V. 19. 1 (entsprechend l. 6 pr. D. h. t.

gründet, wenn umgekehrt der Gläubiger an der Nichterfüllung Schuld ist[10]. Hat der Gläubiger sich einmal darüber erklärt, ob er von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch machen will oder nicht, so kann er seinen Entschluß nicht mehr ändern[11]. Macht er von seinem Rechte Gebrauch, so verliert der Schuldner das gegebene Handgeld[12]. Der Beweis der Nichterfüllung trifft nicht den Gläubiger[13]. 3) Der gewöhnlich gelehrte Satz, daß, wenn für die Ausübung des reinen Rücktrittsrechtes eine Frist nicht bestimmt sei, dasselbe binnen 60 Tagen geltend gemacht werden müsse, kann als richtig nicht anerkannt werden[14]. 4) So lange das Rücktrittsrecht nicht geltend gemacht ist,

---

18. 3) heißt, der Verkäufer sei dann zum Rücktritt ermächtigt, wenn „per emtorem factum sit, quominus pecuniam solvat", so soll damit, wie l. 51 § 1 cit. deutlich zeigt, nur der Gegensatz gegen die Verhinderung durch den Gläubiger selbst bezeichnet werden. Vgl. § 285 Note 10.

[10] L. 51 § 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 4 § 4 D. h. t. 18. 3.

[11] L. 4 § 2 l. 6 § 2 l. 7 D. h. t. 18. 3, l. 4 C. de pact. int. emt. 4. 54, Vat. fr. § 3. 4. Seuff. Arch. XXXI. 34, XXXII. 139, XXXIII. 225, [XLI. 186 (RG.)].

[12] L. 6 pr. D. h. t. 18. 3. Vgl. Burckhard a. a. O. S. 313 fg., v. Jagemann die Draufgabe S. 157 fg. Der von Anderen (so namentlich von Sintenis a. a. O. Note 31, Arndts § 249 Anm. 2, Bechmann S. 526 Note 3) gelehrte Satz, daß der Schuldner auch die gemachte Theilleistung verliere, findet in den dafür angeführten Stellen, l. 4 § 1 l. 6 pr. D. h. t. 18. 3, einen genügenden Beweis nicht, und namentlich ist es nicht unmöglich, l. 4 § 1 cit., die Hauptstelle, von einer vertragsmäßigen Bestimmung zu verstehen. S. besonders Burckhard a. a. O. S. 289 fg. (welcher gut darauf aufmerksam macht, daß am Schluß der l. 4 § 1 cit. das Gewicht auf „aliquam partem pretii", im Gegensatz gegen das vorhergehende „pretium", nicht auf „dedit" zu legen ist). [A. M. Dernburg II § 95 Note 21.] Seuff. Arch. XXX. 143 Nr. I. II, XXXV. 24. — Nach l. 4 § 1 cit. soll, wenn der Verkäufer (also in Folge der getroffenen Vertragsbestimmung) die gemachte Theilzahlung behält, der Käufer die gezogenen Früchte nicht herauszugeben brauchen. Auch wenn ihr Werth die gemachte Theilzahlung übersteigt? Dagegen Burckhard S. 325 fg.; a. M. Bechmann S. 526 Note 2.

[13] Vgl. das § 285 Note 19 in Betreff der Conventionalstrafe Gesagte. Seuff. Arch. VI. 173, VIII. 135. Vgl. XXIII. 74, XXIV. 25. Anders wenn der Gläubiger aus dem rückgefallenen Eigenthum gegen einen Dritten klagt: Budde und Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI. 8.

[14] Derselbe wird hergeleitet aus l. 31 § 22 D. de aed. ed. 21. 1. Aber diese Stelle handelt von einem Fall, wo es nach dem von den Parteien gebrauchten Ausdruck (ut, nisi placuerit, *redhibeatur*) unzweifelhaft erschien, daß ihr Wille sei, es sollten dem Käufer ohne Weiteres dieselben Rechte zustehen, welche das ädilicische Edict sonst nur für den Fall der Fehlerhaftigkeit der gekauften Sache gewährt hatte. Vgl. Goldschmidt Zeitschr. für Handelsrecht I S. 125 fg., Fitting das. II S. 272 fg. 278, [Dernburg II § 95 Note 10]; freilich auch Czyhlarz a. a. O. S. 43 fg. (vgl. § 387 Note 7), Wendt S. 91 fg., Bechmann S. 546 fg. Wendt fragt: ich wüßte nicht, welche Klage dem Rücktrittsberechtigten sonst zustehen sollte, als die actio redhibitoria? Er selbst gibt zur Antwort (S. 121 fg.): actio emti, welche actio dann freilich als „einzige

kann der Gegner Vollziehung des Vertrages verlangen, so jedoch, daß dem Rücktrittsberechtigten durch den Richter eine billige Frist für seine Erklärung zu gewähren ist[14a].

Sowie das Recht, vom Vertrage zurückzutreten, so kann auch das Zustandekommen des Vertrages von dem, bedingten oder unbedingten, Belieben einer Partei abhängig gemacht werden; in diesem Falle bildet das Belieben nicht die auflösende, sondern die aufschiebende Bedingung des Vertrages[15]. Ist aber das Belieben auf den Fall besseren Gebotes oder auf den Fall der Nichterfüllung der Verbindlichkeit der Gegenseite gestellt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Parteien nicht eine aufschiebende, sondern eine auflösende Bedingung gewollt haben[16].

g. Bestärkung des Vertrages.

α. Eid. Conventionalstrafe.

§ 324.

Von der Bestärkung, welche der Eid einem Vertrage zu geben vermag, ist bereits an anderen Orten gehandelt worden[1]. Hier ist hinzuzufügen, daß der Bruch eines beschworenen Vergleichs den Eidbrüchigen seiner Rechte aus dem Vergleiche verlustig macht, während er selbst an denselben gebunden bleibt[2].

Ebenso ist von der Bestärkung des Vertrages durch Conventionalstrafe bereits an einem andern Orte gehandelt worden[3].

Besonderheit" die in l. 31 § 22 cit. bezeichnete haben soll. Seuff. Arch. XXVIII. 131, XL. 196.

14a Wendt S. 83 fg.

15 § 4 I. de emt. 3. 23, l. 20 pr. § 1 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 2 l. 4 pr. D. de in diem add. 18. 2. Vgl. l. 2 § 3. 4 D. pro emt. 41. 4. Wendt S. 23 fg. ist der Ansicht, daß bei dem „suspensiven Reuvertrag" nicht „die Existenz des Forderungsrechts", sondern nur dessen Vollzug aufgeschoben sei. Vgl. 1 § 89 Note 1.

16 L. 1 D. de lege comm. 18. 3, l. 2 § 4 D. pro emt. 41. 4. Seuff. Arch. X. 49. Ueber den Fall einfachen Beliebens s. § 387 Note 8. Burckhard a. a. O. S. 162 fg. glaubt, die lex commissoria enthalte nicht präsumtiv, sondern nothwendig eine auflösende Bedingung, weil eine nicht existirende Verbindlichkeit nicht erfüllt werden könne. Aber die Verbindlichkeit wird existent durch dieselbe Leistung, durch welche sie erfüllt wird, die Leistung tilgt die Verbindlichkeit in dem nämlichen Augenblick, in welchem sie dieselbe erzeugt. Und wäre selbst die Leistung Erfüllung nicht, dürfte dem deutlich erkannten Willen der Parteien deßwegen entgegengetreten werden, weil sie eine unrichtige Bezeichnung gebraucht haben?

1 S. I § 83a, II § 283. § 324.

2 S. § 413 Note 14.

3 S. § 285. 286.

β. Handgeld*.

§ 325.

Ein Handgeld (Draufgeld, Arrha) hat regelmäßig die Bedeutung, ein Zeichen des Zustandekommens des Vertrages zu sein und dasselbe außer Zweifel zu setzen[1]. Daher muß das Handgeld bei Erfüllung des Vertrages zurückgegeben oder auf die zu empfangende Gegenleistung angerechnet werden; ebenso muß es zurückgegeben werden, wenn der Vertrag hinterher, durch Uebereinkunft der Parteien oder in sonstiger Weise, seinen Bestand verliert[2]. Jedoch kann auch ausgemacht werden, daß das Handgeld behalten werden dürfe. Ist ein Rücktrittsrecht für den Fall der Nichterfüllung bedungen, so kann der Rücktretende, [wenn er von dem Rücktrittsrecht Gebrauch macht,] das Handgeld behalten, auch ohne daß dieß ausdrücklich verabredet worden ist[3].

Ein Handgeld kann aber möglicherweise auch gegeben werden mit Rücksicht auf einen erst abzuschließenden Vertrag, zu dessen Abschluß noch keine der Parteien verbunden ist; in diesem Falle verliert der den Abschluß Weigernde das Handgeld bez. dessen Werth[4].

---

* Unterholzner I S. 65, Sintenis II S. 307—310, Holzschuher III § 241, Savigny Oblig. II S. 267—271. v. Jagemann die Draufgabe (arrha). Vergleichende Rechtsstudie. Berlin 1873. Bechmann Kauf I S. 520 fg. II S. 415 fg. Stobbe III § 174 Nr. III.

§ 325. [1] Pr. I. de emt. et vend. 3, 23 („argumentum emtionis et venditionis contractae"), l. 35 pr. D. de contr. emt. 18. 1 („ut evidentius probari possit, convenisse de pretio"). Seuff. Arch. XXX. 132.

[2] Das Hingegebene wird hingegeben, um eine gewisse Function zu erfüllen; nach der Erfüllung oder dem Wegfall des Vertrages kann es diese Function nicht mehr erfüllen, und so ermangelt dann die Voraussetzung, unter welcher es hingegeben worden ist, so daß der Empfänger aus dem Vermögen des Hingebenden ohne rechtfertigenden Grund reicher ist. Dieser Obligationsgrund konnte nach römischem Recht direct geltend gemacht werden (condictio sine causa [ob causam dati causa finita]), oder wenn der Hauptvertrag ein bonae fidei contractus war, mit der actio aus diesem. L. 11 § 6 D. de A. E. V. 19. 1, l. 5 § 15 D. de inst. 14. 3. Vgl. I § 97 Note 4, II § 424 Note 1. — HGB. Art. 285 Abs. 2.

[3] L. 6 pr. D. de lege comm. 18. 3, vgl. l. 8 eod., l. 1 C. de pact. int. emt. 4. 54, und § 323 Note 12. — In örtlichen Gewohnheitsrechten kommt es vor, daß das Handgeld schlechthin zurückbehaten werden darf, z. B. bei der Miethe des Gesindes. Vgl. v. Jagemann S. 18 fg. 44. 132.

[4] L. 17 C. de fide instr. 4. 21, § 1 I. de emt. et vend. 3. 23. Vgl. § 312 Note 12. — Auf demselben Gedanken beruhen (für das römische Recht) die Vorschriften in l. 38 pr. D. de ritu nupt. 23. 2, l. 5 C. de spons. 5. 1. Vgl. § 489 Note 3. — [Es findet sich die Behauptung, daß auch die bei einem bindenden Vertrag gegebene Arrha wegen Nichterfüllung verloren werde. S. namentlich Savigny Obligationenrecht II S. 271 fg. Rechtfertigen läßt sich nur, daß, wenn der Empfänger auf Erfüllung nicht besteht, der Geber die Arrha

Wird etwas in dem Sinne hingegeben, daß der Hingebende gegen Aufopferung des Hingegebenen von dem Vertrage solle zurücktreten dürfen, so liegt darin keine Bestärkung, sondern eine Abschwächung des Vertrages[5].

B. Vergehen (Delicte)*.

§ 326.

Vergehen (I § 101) sind die mögliche Quelle einer doppelten Klasse von Forderungsrechten.

1. Jedes Vergehen, durch welches ein Vermögensschaden verursacht wird, erzeugt ein Forderungsrecht auf Ersatz dieses Schadens (§ 257)[1].

2. Außerdem läßt das römische Recht aus gewissen Vergehen Forderungsrechte auf eine dem Verletzten zu leistende Strafe entstehen, Privatstrafe im Gegensatz zur öffentlichen Strafe[1a]. Die Privatstrafe besteht regelmäßig in einer besonderen von dem Thäter zu machenden Geldleistung; in Einem Fall besteht sie in einer besonderen Gestaltung der Ersatzverbindlichkeit[2]. Es kann auch sein, daß ein und dasselbe Forderungsrecht zugleich auf Ersatz und auf Strafe geht[3]. Diese römischen Privatstrafen sind gegenwärtig durch das Reichsstrafgesetzbuch insoweit ausgeschlossen, als sie Materien betreffen, welche Gegen-

---

nicht zurückfordern könne (exc. doli). S. die sorgfältige Ausführung von Bruns in seinem Commentar zum Syrisch-Römischen Rechtsbuch S. 216.; auch Dernburg II § 12 a. E.]

[5] Man spricht in diesem Falle von einer arrha poenitentialis. Vgl. § 285 Note 18. v. Jagemann S. 136 fg. Vgl. Siegel das Versprechen als Verpflichtungsgrund S. 26—41. Bruns, Syrisch-Römisches Rechtsbuch S. 216 fg. — HGB. Art. 285 Abs. 1.

* Unterholzner I § 46, Sintenis I § 29. II. b. und II § 100, Savigny System V S. 210—212 und Obl. § 82—84.

[1] [Wenn die Rechtsordnung eine Handlung unter besonderes Verbot stellt (I § 101 Ziff. 2), so legt sie damit dem Urheber der Handlung die Verantwortlichkeit für deren Folgen auf.] Ersatz eines Schadens, welcher kein Vermögensschaden ist? Vgl. § 257 Note 6, 455 Note 31. § 326.

[1a] Die actio, mit welcher die Privatstrafe eingefordert wird, ist eine actio poenalis, poenae persequendae causa comparata; ihren Gegensatz bildet die (über den Kreis der obligatorischen actiones hinausreichende) actio quae rem persequitur, rei persequendae causa comparata, § 16—19 I. de act. 4. 6, l. 35 D. de O. et A. 44. 7. Vgl. I § 46 Note 3. Thon Rechtsnorm und subjectives Recht S. 59 fg.

[2] Bei der widerrechtlichen Beschädigung (actio legis Aquiliae). — In unseren Quellen werden zu den actiones poenales auch diejenigen actiones gerechnet, bei denen eine Steigerung in Folge des Leugnens oder der Vorenthaltung bis zur Klage eintritt (§ 263); s. die cit. Institutionenstelle.

[3] In diesem Falle sprechen die Quellen von einer actio mixta, d. h. einer actio, welche zugleich poenam und rem persequitur, § 16—19 I. de act. 4. 6.

stand des Reichsstrafgesetzbuchs sind[4]. In anderen Materien darf die heutige Geltung der römischen Privatstrafen im Principe nicht bestritten werden[5], es ist nur bei den einzelnen Privatstrafen zuzusehen,

[4] Einführungsgesetz zum Reichsstrafgesetzb. § 2. Freilich ist es eine noch unausgetragene Streitfrage, ob durch diesen § auch die Privatstrafen, und nicht bloß die öffentlichen Strafen ausgeschlossen sind. Vgl. in I § 123 Note 4a und außer den das. Citirten Bruns in v. Holtzendorff's Encycl. I § 58 (4. Aufl. S. 473), Stobbe III § 199, Meyer Lehrb. des deutsch. Strafr. § 101 a. E., v. Liszt Lehrb. des deutsch. Strafr. § 18 Note 9, Landsberg Iniuria und Beleidigung (1886) S. 83 fg., Binding Handb. des Strafr. I S. 304 Note 27 (sämmtlich für die hier vertretene Ansicht). Seuff. Arch. XXXII 239 (Lübeck, ebenfalls dafür), XXXI. 142 (Stuttgart, dawider).

[5] Anders eine weitverbreitete Meinung, welche den römischen Privatstrafen für das heutige Recht die Geltung ganz allgemein abspricht. Aber diese Meinung ist nicht gehörig begründet. Es steht ihr entgegen a) daß das gemeine deutsche Recht bis zum Reichsstrafgesetzbuch in der Strafe der Injurie eine unbestrittene Anwendung der Privatstrafe besaß; b) daß in der Doctrin die Zahl derjenigen, welche die fortdauernde Geltung der römischen Privatstrafe behaupteten, in Deutschland von jeher der Zahl der Gegner gegenüber eher größer gewesen ist als geringer; namentlich gehören dahin: Brunnemann (ad l. ult. i. f. D. de calumniatoribus und ad. l. 5 § 2 D. commod. n. 17), Lauterbach (ad tit. Dig. 47. 1 n. 9), Schilter (exerc. 10 § 74, exerc. 49 § 5), Stryk (ad Dig. passim, z. B. III. 6 § 2, IV. 2 § 3, XLIV. 7 § 3 sqq.) Berger (in einer eigenen Diss. de usu actionum poenalium, 1705 und 1740), Leyser (spec. 56 n. 2), J. H. Böhmer (Exerc. ad Pand. exerc. 93 § 14), Ad. Dietr. Weber (Versuche über das Civilr. S. 67 fg.), Glück XXIV S. 411, Thibaut (Lehrb. § 68), Schweppe (Lehrb. III § 540), v. Wening-Ingenheim (Lehrb. II § 194), Puchta (Lehrb. S. 261), Heffter (Strafr. § 126), Wächter (Strafr. I § 110 Anm. 52, vgl. dens. Arch. f. civ. Pr. XXIII S. 74 und in der Schrift: die Buße bei Beleidigungen und Körperverletzungen nach dem heutigen gemeinen Recht [Leipzig 1874] S. 10 fg.), Brinz 2. Aufl. II § 338, vgl. auch Unterholzner I § 124; c) daß es auch an Fällen wirklicher Anwendung nicht gefehlt hat (s. darüber namentlich Grass collatio iuris civilis Rom. cum Recess. Imp. sect. 13 p. 39 sqq., I. H. Böhmer Exerc. ad Pand. exerc. 93 § 14, C. G. A. Gruner Diss. de poenis Romanorum privatis eorumque usu moderno p. 40), obgleich zugegeben werden muß, daß diese Anwendungsfälle nur vereinzelt sind; d) daß, wenn man sich auch über diese Fälle, eben wegen ihrer Vereinzeltheit, hinwegsetzen, und deßwegen einen non usus in Betreff der Privatstrafen annehmen will, doch die fernere Frage entsteht, ob in demselben der Ausdruck einer zu Grunde liegenden Rechtsüberzeugung gefunden werden kann (vgl. Savigny Obl. II S. 315); e) daß jedenfalls sich eine die Privatstrafe aberkennende Praxis nicht nachweisen läßt. Die hier vorgetragene Meinung wird auch vertheidigt in der (gründlichen) zuvor citirten Dissertation von Gruner 1805, abgedruckt auch in Chr. Martin Selectarum dissertationum et commentationum iuris criminalis collectio, Ienae 1822 I p, 68 sqq.; die entgegengesetzte Ansicht wird ausgeführt in den Dissertationen von Thomasius (de usu actionum poenalium iuris Romani in foro Germaniae [1693]) und von Gonne (de poenis lucro actoris cedentibus [1747]), s. außerdem Seuffert § 282, Kierulff S. 173. 174, Sintenis I S. 256, Savigny Obl. II § 84, Kleinschmidt Arch. f. prakt. RW. N. F. I S. 70 fg. Vgl. auch Jhering das Schuldmoment im römischen Privatrecht S. 60 fg. — Auf Art. 157 und 158 der P.

ob für sie nicht besondere Gründe der Unanwendbarkeit sich geltend machen. Dieses Letztere ist namentlich der Fall bei denjenigen Privatstrafen, die nach römischem Recht von jedem Bürger, auch wenn die Verletzung ihn nicht betraf, eingefordert werden konnten[6].

Entstehen aus einer zusammenhängenden Handlung mehrere Strafforderungen[7], so ist zu unterscheiden, ob dieselben ihren Grund haben in verschiedenen, in jener Handlung verbundenen Thatbeständen, oder in dem nämlichen, nur von verschiedenen Strafbestimmungen erfaßten Thatbestand. In dem ersten Falle kann jede Strafforderung zu ihrem vollen Betrage geltend gemacht werden[8]. In dem zweiten Falle absorbirt die größere Strafforderung die geringere[9].

G. O. darf man sich für die hier vorgetragene Meinung nicht berufen, da diese Vorschriften amtliches Eingreifen des Richters voraussetzen. Savigny Obl. II S. 320.

[6] Mit einer actio popularis (I § 46 Note 2. c). Die actiones populares sind heutzutage überhaupt unpraktisch. Es darf als durchgreifender Grundsatz des heutigen Rechts bezeichnet werden, daß der Staat in der Geltendmachung eines öffentlichen Interesses, und so namentlich auch in der Einforderung der Strafe, nicht durch Jeden, der da will, vertreten werden kann. Wächter Strafr. I § 110 Anm. 52 a. E. und Württemb. Privatr. II S. 428; a. M. auch hier Heffter Strafr. § 126 Anm. 1. Vgl. noch Bruns Zeitschr. f. RGesch. III S. 410. 411.

[7] Vgl. I § 121 Note 10.

[8] L. 11 § 2 D. de servo corrupto 11. 3, l. 14 § 1 D. de praescr. verb. 19. 5. In dem Falle der ersten Stelle sind verbunden folgende Thatbestände; 1) Einwirkung auf das Gemüth des Sklaven; 2) Bewirkung eines Diebstahls (welche zu Nr. 1 nicht nothwendig ist). In dem Fall der zweiten Stelle ist vorhanden: 1) Versetzung des Sklaven in einen hülflosen Zustand durch Entziehung der Kleider; 2) Aneignung der Kleider (welche in Nr. 1 nicht nothwendig enthalten ist).

[9] L. 41 § 1 D. de O. et. A. 44. 7. „Si ex eodem facto duae competant actiones, postea (*posterioris?*) iudicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat; si tandumdem aut minus, id (l. *nil* oder *id non*) consequatur". Beispiele: actio legis Aquiliae und actio iniuriarum, l. 34 pr. eod.; actio legis Aquiliae und actio arborum furtim caesarum, l. 1 D. arb. furt. caes. 47. 7; actio furti und actio vi bonorum raptorum, l. 87 [88] D. de furt. 47. 2, l. 1 D. vi bon. rapt. 47. 8. Nur scheinbar widersprechend l. 11 D. arb. furt. caes. 47. 7, l. 2 § 10. 26 D. vi bon. rapt. 47. 8, l. 15 § 46 l. 25 D. de iniur. 47. 10, l. 6 pr. D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5, welche Stellen bloß sagen, daß die eine und die andere Strafklage begründet sei, nicht aber, daß die eine und die andere zu ihrem vollen Betrage durchgeführt werden könne, und in dem gleichen Sinne läßt sich ohne Schwierigkeit auch l. 32 D. de O. et A. 44. 7 verstehen. Größere Schwierigkeit macht l. 53 pr. D. eod.; aber auch bei dieser Stelle ist die Auslegung nicht unmöglich, daß sie nur sagen will, der Berechtigte bekomme nicht den vollen Betrag einer jeden Klage, sondern nur den der höheren, (die Stelle sagt: nur den Betrag Einer, indem sie voraussetzt, daß der Berechtigte zu der höheren greifen wird.) L. 60 D. de O. et A. 44. 7 und l. 130 D. de R. I. 50. 17 setzen nicht

Auch die Ersatzforderungen aus Delicten haben insofern eine Strafnatur, als der Verpflichtete leisten muß ohne Rücksicht darauf, ob er das zu Ersetzende in seinem Vermögen hat oder nicht. Aus diesem Grunde werden sie in einer wichtigen Beziehung, was nämlich den Uebergang auf die Erben des Verpflichteten angeht, der gleichen Behandlung unterworfen, wie die eigentlichen Strafforderungen[10, 11].

VI. Veränderung des Forderungsrechts *.

A. In Betreff seines Gegenstandes.

§ 327.

Das Forderungsrecht kann, ohne seine Existenz zu verlieren, verändert werden[1]. Eine solche Veränderung kann das Forderungsrecht erleiden zuerst in Betreff seines Gegenstandes, d. h. der Leistung, zu welcher es den Schuldner verpflichtet. Die Aenderung des Gegenstandes kann darin bestehen, daß etwas zu dem Inhalte der ge-

---

Einheit der strafbaren Handlung voraus. Einen durchgreifenden Meinungsgegensatz unter den römischen Juristen, und zwar nach einer dreifachen Richtung, nimmt Savigny Syst. V S. 237 fg. an, indem er als letztes Resultat der Entwickelung das unbedingte Nebeneinanderbestehen der mehreren Strafforderungen ansieht; vgl. dagegen Vangerow III § 572 Anm. Weitere Literaturangaben bei dems. A. Pernice zur Lehre von den Sachbeschädigungen S. 132 fg. Merkel über den Konkurs der Aktionen nach röm. Recht S. 56 fg.

[10] S. darüber § 359 Ziff. 2. Auch der Ausdruck actio poenalis wird auf sie angewendet, z. B. l. 1 § 8 D. ne vis fiat 43. 4. Vgl. Savigny Syst. V § 210, welcher die sinnreiche Bezeichnung „zweiseitige Strafklagen — einseitige Strafklagen" gebraucht. Vgl. auch Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 243 fg., A. Pernice a. a. O. S. 116 fg.

[11] Einen neuen Begriff hat das Reichsgesetzbuch eingeführt in der „Buße", welche bei Verleumdung, bei ehrenrühriger Nachrede und bei Körperverletzung durch den Strafrichter zu Gunsten des von dem Delict Betroffenen auf dessen Antrag erkannt werden kann. StrGB. § 188. 231. Spätere Reichsgesetze haben die „Buße" weiter verwendet. Mandry § 48 z. A., Stobbe III § 200 Note 44. Diese Buße ist ihrer wesentlichen Natur nach Entschädigung, aber mit dem Zusatz eines Strafmoments insofern, als der Richter bei der Ausmessung der Buße an den Nachweis wirklich erlittenen Schadens nicht gebunden ist und selbst auf drohenden und bloß möglichen Schaden Rücksicht nehmen kann. Doch ist freilich über die Natur der Buße viel Streit. Vgl. Wächter die Buße bei Beleidigungen und Körperverletzungen nach dem heutigen gemeinen Recht. Leipzig 1874. Dochow die Buße im Strafrecht und Strafproceß. Jena 1875. Stobbe a. a. O. Note 45. Kohler Patentrecht S. 639 fg. Mandry § 48.

* Vgl. Brinz 2. Aufl. II S. 244 fg.

§ 327. [1] Ohne seine Existenz zu verlieren — das jetzt vorhandene Forderungsrecht ist kein neu erzeugtes; es ist kein anderes Individuum, als das früher vorhandene Forderungsrecht. Daher dauern, soweit die Umgestaltung nicht reicht, alle anderen rechtlichen Bestimmtheiten des Forderungsrechtes fort, so namentlich Einreden, Privilegien, Pfandrechte, Bürgschaften, andere Accessionen.

schuldeten Leistung hinzugefügt wird, oder darin, daß etwas von dem Inhalte der geschuldeten Leistung abgenommen wird[2], oder darin, daß an die Stelle des bisherigen Leistungsinhaltes ein der Art nach verschiedener tritt[3]. Von besonderen hierher gehörigen Fällen ist im bisherigen Verlauf der Darstellung bereits die Rede gewesen, so von der Aenderung des Gegenstandes, welche eintritt in Folge von Streitbeginn und Urtheil (I § 124. 129), in Folge der Weigerung des Schuldners (§ 263), in Folge des Unmöglichwerdens der Leistung (§ 264. 265), in Folge des Verzugs (§ 276). Hier ist noch die Frage zu beantworten, ob eine Aenderung des Gegenstandes der Forderung auch dadurch eintritt, daß die zu leistende Sache einen Gewinn abwirft, d. h. ob das Forderungsrecht auch diesen Gewinn ergreift[4]. Diese Frage ist der Natur der Sache nach zu bejahen für denjenigen Gewinn, welcher einen integrirenden Bestandtheil der zu leistenden Sache bildet[5]; im Uebrigen darf sie weder unbedingt bejaht, noch unbedingt verneint, sondern sie muß für jedes einzelne Forderungsrecht besonders beantwortet werden[6]. Wo aber auch der Gläubiger Anspruch auf den Gewinn der Sache hat, hat er doch nur Anspruch auf denjenigen Gewinn, welchen wirklich die zu leistende Sache selbst abwirft, nicht auf denjenigen, zu welchem die zu leistende Sache nur Veranlassung gegeben hat[7]. — Man hat zur Beantwortung der aufge-

---

[2] Beispiele: Verzugszinsen, theilweiser Untergang der zu leistenden Sache ohne Schuld des Schuldners. — Besonderer Fall: dem Miteigenthümer einer Sache, welcher seinen Theil schuldet, wird im Theilungsproceß der Theil des anderen Miteigenthümers adjudicirt. L. 7 § 13 D. comm. div. 10. 3, l. 19 § 17 D. de A. E. V. 19. 1, l. 78 § 4 D. de I. D. 23. 3, l. 29 D. fam. erc. 10. 2. Steinlechner das Wesen der juris communio II S. 113 fg.

[3] So wenn in Folge des Unmöglichwerdens der Leistung der Schuldner zur Leistung des Interesse verpflichtet wird.

[4] Jhering Abhandlungen Nr. 1 (1843). Mommsen Erörterungen aus dem Obligationenrecht 1. Heft (1859).

[5] Dahin gehört z. B. die Anschwemmung, § 3 I. de emt. 3. 23, l. 7 pr. D. de per. 18. 6, l. 10 § 1 D. de I. D. 23. 3, l. 16 D. de leg. III° 32 (vgl. I § 188 Note 2); ferner gehört hierher der Fall der Verbindung einer beweglichen Sache mit einer andern beweglichen oder unbeweglichen Sache, sowie der Fall der juristischen Accession, z. B. durch Wegfall eines das Eigenthumsrecht beschränkenden dinglichen Rechts. Ob aber nicht in diesen Fällen für denjenigen, welcher mit dem Gegenstand selbst auch dessen Bestandtheile herausgeben muß, ein Entschädigungs- oder Restitutionsanspruch begründet ist, ist eine besonders zu beantwortende Frage. Mommsen a. a. O. S. 16—24.

[6] So hat z. B. der Käufer Anspruch auf den Gewinn der Sache (§ 389 Note 15), dagegen nicht z. B. der Vermächtnißnehmer (l. 23 D. de leg. I° 30, l. 26 D. de leg. III° 32, l. 8 D. de usur. 22. 1, l. 4 C. eod. 6. 47, Nov. 131 c. 12). Das Gleiche ist zu behaupten für jedes Forderungsrecht aus einem wohlthätigen Grunde. S. l. 31 § 2 C. de I. D. 5. 12 und Mommsen S. 35—41.

worfenen Frage die Regel aufgestellt, daß derjenigen von den in der Obligation einander gegenüberstehenden Parteien der Gewinn der Sache gebühre, welche die Gefahr der Sache trage, d. h. welcher ein zufälliges dieselbe betreffendes Ereigniß zum Schaden gereiche[8]. Diese Regel ist aber nicht richtig[9], wie denn namentlich derjenige, welcher aus einem wohlthätigen Rechtsgeschäft etwas zu fordern hat, obgleich er die Gefahr trägt, auf den Gewinn keinen Anspruch hat[10]. Die bezeichnete Regel ist wahr in einem ganz anderen Sinn[11], nämlich in dem Sinn, daß demjenigen, welcher die Gefahr eines bestimmten Ereignisses trägt, auch der von diesem Ereigniß verursachte Gewinn gebührt[12].

[7] Er hat Anspruch nur auf das lucrum ex re (l. 21 D. de H. v. A. V. 18. 4), so namentlich auf die Früchte, die auf den Eigenthümer fallende Hälfte des Schatzes, l. 7 § 12 D. sol. matr. 24. 3 (Ihering S. 8, Mommsen S. 56 Note 5); aber nicht z. B. auf das auf dem geschuldeten Grundstück erlegte Wild, nicht auf das lucrum ex negotiatione perceptum (l. 21 cit.). Nähere Ausführung in der citirten Abhandlung von Ihering und bei Mommsen a. a. O. § 5. 10.

[8] Auch in den Quellen findet sich dieser Satz sowohl im Allgemeinen ausgesprochen (§ 3 I. de emt. 3. 23, l. 10 D. de R. I. 50. 17, l. 22 § 3 C. de furt. 6. 2), als vielfach im Einzelnen angewendet.

[9] Dieß nachgewiesen zu haben, ist das Verdienst von Mommsen. Wie wenig darauf Gewicht gelegt werden darf, wenn die Quellen ihre Entscheidungen mit Berufung auf die bezeichnete Regel motiviren, zeigen l. 18 D. de I. D. 23. 3, l. 66 § 3 D. sol. matr. 24. 3.

[10] Note 6. Ebenso wenig gibt die vertragsmäßige Uebernahme der Gefahr ohne Weiteres einen Anspruch auf den an und für sich nicht gebührenden Gewinn, obgleich in dieser Beziehung Vat. fr. § 114 Schwierigkeit macht. Mommsen S. 32—33. 45—50. Vgl. auch l. 38 § 7. 15 D. de usur. 22. 1 (Mommsen S. 28. 33—36).

[11] Daß die bezeichnete Regel einen doppelten Sinn hat, ist auch von Ihering nicht verkannt, aber erst von Mommsen scharf hervorgehoben worden.

[12] Ihering S. 30 fg., Mommsen § 7—9. Anwendungen. a) Wenn die Leistung dem Schuldner durch das Delict eines Andern unmöglich wird, so gebühren die aus diesem Delicte sich ergebenden Ansprüche dem Schuldner oder dem Gläubiger, je nachdem der Schuldner für die Unmöglichkeit Ersatz geben muß oder nicht. Der Anspruch wird demjenigen, welchem er gebührt, entweder unmittelbar gegeben (so namentlich, wenigstens regelmäßig, die actio furti, § 17 I. de obl. quae ex del. 4. 1, l. 14 § 16 D. de furt. 47. 2), oder ihm durch erzwungene Cession verschafft (l. 25 § 8 l. 60 § 2 D. loc. 19. 2, l. 12 D. de re iud. 42. 1, l. 14 pr. l. 81 [80] pr. D. de furt. 47. 2). Nähere Ausführung bei Ihering S. 30—58, Mommsen S. 84—107; s. aber auch Dernburg Pfandrecht I S. 147—149. b) Wer fremdes, überhaupt herauszugebendes, Geld auf Zinsen ausleiht, behält die gezogenen Zinsen oder behält sie nicht, je nachdem er die Gefahr der Ausleihung trägt, oder nicht. L. 10 § 8 D. mand. 17. 1, l. 67 § 1 D. pro soc. 17. 2, vgl. l. 46 [44] § 1 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 62 pr. D. de R. V. 6. 1, l. 20 § 14 l. 30 D. de H. P. 5. 3. Ihering S. 60; vgl. übrigens Mommsen S. 9 fg. Keinen Widerspruch enthält l. 6 § 1 D. de pign. act. 13. 7; vgl. Dernburg Pfandrecht II S. 221. c) Der Verkäufer einer Sache braucht, wenn dieselbe ohne seine Schuld zu Grunde geht, dem

B. In Betreff seiner Subjecte*.

1. Durch Gesammtnachfolge.

§ 328.

Das Forderungsrecht kann ferner eine Veränderung erleiden in Betreff seiner Subjecte, so daß an die Stelle des bisherigen Gläubigers ein anderer Gläubiger, an die Stelle des bisherigen Schuldners ein anderer Schuldner tritt. Dieß ist noch in verschiedener Weise möglich.

1. Das Forderungsrecht geht auf ein anderes Subject über in und mit dem Vermögen, zu welchem es gehört; die Rechtsnachfolge, welche stattfindet, ist eine Gesammtnachfolge. Die nähere Betrachtung dieses Falles gehört in das Erbrecht.

2. Das Forderungsrecht geht als solches, als dieses einzelne Rechtsverhältniß, auf ein anderes Subject über; es findet eine Sondernachfolge statt. Von diesem Fall ist hier näher zu reden. Dabei muß aber von der activen Seite des obligatorischen Rechtsverhältnisses, der Forderung in diesem Sinne, und der passiven Seite, der Schuld, abgesondert gehandelt werden.

2. Durch Sondernachfolge.

a. Sondernachfolge in die Forderung**.

Einleitung.

§ 329.

Das römische Recht ist davon ausgegangen, daß eine Sondernachfolge in die Forderung unzulässig sei. Der Grund dieses Satzes

Käufer das durch einen zweiten Verkauf erzielte Kaufgeld nicht herauszugeben; durch den zweiten Verkauf hat sich in seinen Verpflichtungen gegen den ersten Käufer nichts geändert. L. 21 D. de H. v. A. V. 18. 4; Jhering S. 58 fg. (vgl. dens. Jahrb. f. Dogm. III S. 453 fg. XVI S. 279 fg.), Mommsen S. 110. 111. Eine besondere, m. E. unhaltbare, Ansicht bei v. Monroy die vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte (Rostock 1878) S. 61 fg. — Ueber l. 17 pr. D. de R. V. 6. 1 s. Jhering S. 70 fg., Mommsen S. 112, Windscheid zwei Fragen aus der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, akad. Programm 1878, S. 14; über l. 33 § 1 l. 36 § 3 D. de H. P. 5. 3 s. Jhering S. 69. 77 und unten III § 612 Note 19.

* Das Hauptwerk über diese Lehre ist noch immer das von Mühlenbruch, die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, 1. Aufl. 1817, 3. Aufl. 1836. Eine neue Bearbeitung hat in der neueren Zeit Alb. Schmid unternommen: die Grundlehren der Cession, 1. Theil 1863, 2. Theil 1866. Eine Recension dieses letzteren Werkes von Bechmann findet sich krit. VJSchr. X S. 185—248. S. außerdem Puchta's Artikel „Cession" in Weiske's Rechtslexicon II S. 636—664 (1839, auch in den kleinen civilistischen Schriften Nr. 27, und nach den letz-

ist vornehmlich darin zu suchen[1], daß durch das Eintreten eines neuen Gläubigers auch der Inhalt der Leistung des Schuldners geändert wird[2], und eine solche Aenderung, nahm das römische Recht ursprünglich an, brauche der Schuldner sich ohne seine Zustimmung nicht gefallen zu lassen; seine Zustimmung aber war nach der Auffassung des römischen Rechts nur wirksam in der Form eines Vertrages mit dem Gläubiger, durch welchen die bestehende Obligation aufgehoben und eine neue an ihre Stelle begründet wurde[3]. Wollte daher ein Gläubiger unter Aufrechterhaltung seiner Obligation einem Andern den Vortheil derselben verschaffen, so blieb ihm nichts Anderes übrig, als diesen Anderen zu bevollmächtigen, in seinem, des Gläubigers, Namen die Leistung einzufordern[4] und das Eingeforderte für sich zu behalten[5]. — Das römische Recht hat aber diesen ursprünglichen Standpunkt nicht festgehalten. Im Laufe der Zeit hat es anerkannt, daß der Schuldner sich allerdings gefallen lassen müsse, daß durch Sondernachfolge ein Anderer die Befugniß erwerbe, statt des Gläu-

teren hier citirt), Glück XVI S. 338 fg., Fritz Erläuterungen II S. 198 fg., Unterholzner I S. 598 fg., Vangerow III § 574—576, Sintenis II S. 385 fg. 790 fg., Brinz 1. Aufl. § 130. 131. 2. Aufl. II § 284. 285, Keller § 280—283, [Dernburg II § 48—52]. Stobbe III § 177. [Hasenöhrl II § 71—74, Ryk Lehre von den Schuldverhältnissen S. 485 fg.]

** Dig. 18. 4 Cod. 4. 39 de hereditate vel actione vendita.

§ 329. [1] Es mag auch sein, daß der Mangel einer Uebertragungsform mitgewirkt hat, worauf in meiner Schrift über die Actio (S. 164) das ausschließliche Gewicht gelegt ist (s. auch Brinz 1. Aufl. S. 560). Vgl. Gai. II. 38. „Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum (gemeint ist mancipatio, in iure cessio, traditio) recipiunt; nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum".

[2] Die Leistung von 100 an A hat einen anderen Inhalt, als die Leistung von 100 an B. Daß durch das Eintreten eines neuen Gläubigers der Inhalt der Leistung des Schuldners geändert wird, ist in meiner in der vorigen Note bezeichneten Schrift S. 151—153 mit Unrecht geleugnet worden. Der Begriff der Leistung schließt ein Subject, an welches geleistet wird, ein. Man kann z. B. geben nicht schlechthin; man kann nur Jemandem geben. S. Scheurl Beiträge I S. 15. krit. Ueberschau I S. 331.

[3] Gajus fährt an der in Note 1 bezeichneten Stelle fort: „sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri, quae dicitur novatio obligationis".

[4] Gajus fährt fort (II. 38): „Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea, quasi cognitor aut procurator meus, experiri". Die Vollmacht (mandatum) wurde auf die actio als das Aeußerste gerichtet; die Befugniß zur Eintreibung der Leistung auf gütlichem Wege verstand sich dabei von selbst. Vgl. Eisele Cognitur und Procuratur S. 70. 113 fg. 242 fg.

[5] Der Bevollmächtigte war kein gewöhnlicher procurator, sondern ein procurator „in rem suam".

bigers in seinem eigenen, nicht des Gläubigers, Namen das dem Gläubiger Geschuldete einzufordern[6]. Trotzdem hat das römische Recht den Satz bestehen lassen, daß die obligatio nicht übergehen könne; es gewährt dem neu Eintretenden nur actio, während es dem bisherigen Gläubiger die obligatio läßt[7]. Aber materielle Bedeutung legt es

---

[6] Das römische Recht drückt sich so aus: es kann ein Anderer actio suo nomine erwerben. Diese actio ist aber, da sie einer Person gegeben wird, welcher sie eigentlich nicht gegeben werden sollte — dem Nichtgläubiger —, keine directa, sondern eine utilis actio. L. ult. C. quando fiscus 4. 15. „In solutum nomine dato non aliter nisi mandatis actionibus *ex persona sui debitoris* adversus eius debitores creditor experiri potest, *suo* autem *nomine utili actione* recte utetur". L. 18 C. de leg. 6. 37. „Ex legato nominis, actionibus ab his qui successerunt non mandatis, *directas* quidem *actiones* legatarius habere non potest, *utilibus* autem *suo nomine* experietur". L. 9 C. h. t, l. 55 D. de proc. 3. 3, s. auch l. 5 C. h. t. Die utilis actio wurde sowohl gewährt, wenn ein mandatum ertheilt worden, dieses aber untergegangen war (l. 55 cit., l. 1 C. de O. et A. 4. 10, l. 33 C. de don. 8. 53 [54]), als auch ohne alles mandatum, auf Grund des erklärten Willens, daß die Forderung auf einen Andern übergehen solle (l. 16 pr. D. de pact. 2. 14, l. 2 C. de O. et A. 4. 10, l. ult. C. quando fisc. 4. 15, l. 5. 7. 8. 9 C. h. t., l. 18 C. de leg. 6. 37, l. 4 C. quae res pign. 8. 16 [17], l. 3 C. de nov. 8. 41 [42]), l. 33 C. de don. 8. 53 [54]), oder nach gesetzlicher Regel auf Grund anderer Thatsachen (z. B. geführter Vormundschaft). Ueber die allmälige Ausbildung der utilis actio, welche erst der Kaiserzeit angehört, s. Mühlenbruch S. 188 fg., Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 381 fg., vgl Schmid I S. 194 fg., v. Salpius Novation und Delegation S. 394—414. Ueber die eigentliche Bedeutung der utilis actio herrscht übrigens keine Uebereinstimmung. Das richtige ist: die utilis actio ist schlechthin eine eigene actio (s. Note 7). Nach einer anderen Meinung ist sie eine fremde actio, welche ein Anderer als der Berechtigte kraft eigenen Rechts ausübt. Vgl. hierüber Windscheid die Actio rc. S. 126 fg.; dagegen Muther zur Lehre von der römischen Actio S. 126 fg.; dagegen wieder Windscheid Abwehr S. 56 fg. S. auch v. Salpius a. a. O., auch S. 414—436, Schmid II S. 170 fg., Francke Commentar über den Pandektentitel de Hereditatis Petitione S. 399 fg., Vangerow 7. Aufl. III § 574 Anm. 1 Nr. 1, Brinz II S. 393. Wie ihre Formel concipirt worden sei, muß dahin gestellt bleiben; daß dieselbe aber nicht so gelautet hat, wie Schmid I § 3. 18 nachzuweisen gesucht hat, scheint mir vollkommen sicher. S. auch Bechmann a. a. O. S. 203 fg., Brinz a. a. O. Note 9. [Eisele die actio utilis des Cessionars (1887): Fiction der Delegation.] Die Schrift von Karsten, die fingirte Cession, Rostock 1874, will ein Versuch sein, „die wahren Grundlagen der römischen Lehre von der Cession zu erkennen"; ich finde aber in ihr nichts Neues, ebensowenig in dem Nachtrag, welchen Karsten Jahrb. f. Dogm. XVII S. 222 fg. zu derselben gibt. Vgl. über diese Schrift Exner in Grünhut's Zeitschr. II S. 614 fg., Hofmann krit. VJSchr. XVIII S. 512 fg. Neuestens P. Gide Études sur la novation et le transport des créances en droit romain, Paris 1879, p. 231—376, welche gut geschriebene Darstellung im Wesentlichen die Ideen von v. Salpius a. a. O. S. 341 fg. wiedergibt (vgl. übrigens p. 313 s. 328 s.).

[7] D. h. näher: der neu Eintretende kann sich auf das ius nicht berufen; das ius steht fortwährend dem bisherigen Gläubiger zur Seite. Aber Recht gesprochen wird für den neu Eintretenden in gleicher Weise, als wenn ihm,

der in der Person des bisherigen Gläubigers fortdauernden obligatio nicht bei[8], und so ist für uns, die wir den Gegensatz zwischen ius und actio nicht kennen, das Resultat, daß die Forderung als solche auf ein anderes Subject übergehen kann. Damit stimmt die heutige Lebensauffassung und die darauf gegründete Rechtsübung[9] überein[10].

---

und nicht dem bisherigen Gläubiger, das ius zur Seite stände. Es tritt an diesem Punkte, wie an so vielen anderen, die Selbständigkeit der römischen Jurisdictionsordnung hervor. Vgl. I § 44. Deßwegen eben ist auch die dem neu Eintretenden gewährte actio eine schlechthin eigene actio; es wird ihm nicht die actio desjenigen gegeben, welcher fortfährt, Subject der Obligation zu sein, sondern es wird ihm actio statt des Obligationsobjectes gegeben. — Wenn in den Quellen auch von einer Uebertragung der *obligatio*, des *debitum* die Rede ist (l. 2 § 8 D. h. t., l. 5 § 2 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 64 § 4 D. sol. matr. 24. 3, l. 66 [64] pr. D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 23 C. mand. 4. 35), so ist das eine ungenaue Ausdrucksweise, vgl. l. un. C. etiam ob chirogr. 8. 26 [27]: — „si novatione facta in alium ius obligationis transtulisti", ferner l. 7 § 8 D. de dolo 4. 3, l. 27 § 3 D. de min. 4. 4 u. a. m. (Kuntze Wechselrecht S. 315 Note 13, Danz Jahrb. für Dogm. XIX S. 97 Note 5). Bekker Aktionen II S. 255 Note 9 will es nicht gelten lassen, daß diese Ausdrucksweise der Quellen ungenau sei; ist es auch nicht ungenau, wenn gesagt wird, daß in der Novation eine Uebertragung der obligatio liege?

[8] Das Verhältniß ist kein anderes, als wenn der Eine als heres, der Andere als (dem heres vorgehender) bonorum possessor anerkannt wird, der Eine als dominus ex iure Quiritium, während von dem Anderen ausgesagt wird, daß er die Sache „in bonis" habe. Vgl. auch Vat. fr. 83 in Verbindung mit l. 3 § 2 D. de usufr. accr. 7. 2.

[9] Wenn nicht schon das römische Recht die Sondernachfolge in Forderungen im praktischen Resultate anerkannt hat (s. die vorige Note), so steht dieselbe doch für das heutige Recht durch Gewohnheitsrecht fest. Man hat dieses Gewohnheitsrecht bestritten, indem man geltend gemacht hat, daß nur der materielle Gehalt der Rechtssätze, nicht aber die juristische Construction derselben, durch das Rechtsbewußtsein des Volkes bestimmt werden könne (Vangerow III S. 115 [7. Aufl. S. 105]). Aber es wird ja für das hier fragliche Gewohnheitsrecht kein anderer, als ein materieller Gehalt in Anspruch genommen; es wird nichts Anderes behauptet, als daß das heutige Rechtsbewußtsein und die darauf beruhende Uebung das Forderungsrecht als jeder Einwirkung aus der Person des bisherigen Gläubigers entzogen auffasse. Ist dieß richtig, und ich glaube nicht, daß dieß bestritten werden kann, so ist freilich eine fernere Frage, wie der von dem Gewohnheitsrecht geforderte Satz theoretisch construirt, d. h. mit feststehenden Begriffen vermittelt werden soll. Aber auch die Nothwendigkeit dieser Vermittelung nöthigt uns nicht dazu, jenem Satz einen andern Ausdruck zu geben, als den, daß das Forderungsrecht sich von dem bisherigen Gläubiger ablöse und auf den neu Eintretenden übergehe. S. hierüber die folgende Note. Vgl. auch Windscheid die Actio ꝛc. S. 170—171.

[10] Der Satz, daß es eine Sondernachfolge in Forderungen gebe, ist weit davon entfernt, von der heutigen Rechtstheorie allgemein anerkannt zu sein. Vielmehr hält die herrschende Meinung noch immer an der Unübertragbarkeit der Forderung fest, und bestimmt demgemäß die Rechtsstellung des neu Eintretenden im Wesentlichen dahin, daß derselbe ein eigenes Recht auf Ausübung einer fremden Obligation erwerbe, vgl. übrigens Windscheid die Actio ꝛc.

Den Act, durch welchen eine Forderung auf einen neuen Gläubiger übertragen wird, nennt man heutzutage nach Vorgang des römischen Rechts gewöhnlich Cession; diejenige Person, auf welche die Forderung übertragen wird, Cessionar, den übertragenden Gläubiger Cedent[11].

S. 172 fg., wo auch über die eigentliche Auffassung Kuntze's (die Obligation 2c. § 66. 82, jetzt hinzuzufügen Inhaberpapiere § 54—58, aber auch die Anmerkung zu Holzschuher III S. 151 und Institut. II S. 463—466), [die Obligationen im röm. u. heut. R. S. 209 fg.] Bericht erstattet ist. Der Hauptgrund dieser herrschenden Meinung ist, daß die Forderung ihrem Begriffe nach unübertragbar sei. Aber so oft und so lebhaft dieß behauptet worden ist (so neuerdings wieder von Siebenhaar Zeitschr. f. RPflege und Verwaltung im KR. Sachsen N. F. XXVIII S. 289 fg. [1866]), so kann es doch nicht als richtig anerkannt werden. Die Forderung ist unübertragbar, wenn der Inhalt der geschuldeten Leistung (vgl. Note 2) zur Wesenheit der Forderung gehört. Aber wenn man zugesteht, daß die Wesenheit der Forderung sich nicht ändert, wenn z. B. an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung eine Geldentschädigung tritt, d. h. daß abgesehen von dieser einen Aenderung alle rechtlichen Bestimmtheiten des Forderungsrechts fortdauern: warum soll es denn anders sein, wenn der Schuldner verpflichtet wird, statt an A an B zu leisten? Vgl. über und gegen die Versuche, welche man gemacht hat, die begriffsmäßige Unübertragbarkeit der Forderung nachzuweisen, Windscheid die Actio 2c. S. 148 fg.; s. aber auch Kuntze Inhaberpapiere § 54—58. Auch die neueste Bearbeitung der Cessionslehre von Schmid gibt dem neu Eintretenden nur ein eigenes Recht auf Ausübung eines in der Person des Cedenten fortdauernden Forderungsrechts, obgleich bei diesem Schriftsteller das Dogma von der begriffsmäßigen Unübertragbarkeit des Forderungsrechts weniger in den Vordergrund tritt (vgl. II S. 438). Schmid zieht aus dieser Auffassung auch praktische Consequenzen, s. II S. 181 fg. 347 fg. 437 fg. Vgl. Bechmann a. a. O. S. 221 fg., Attenhofer Zeitschr. des Bernischen Juristenvereins XVII S. 560 fg. — Von der andern Seite ist die Sondernachfolge in Forderungen auch nicht ohne Anerkennung geblieben. Namentlich haben sich für dieselbe ausgesprochen: Delbrück die Uebernahme fremder Schulden (1853, s. über diese Schrift Windscheid krit. Ueberschau I S. 27 fg., und vgl. zu derselben Köppen die Erbschaft S. 18—19. 110. Erbrecht S. 244 fg.), Seuffert Pandekten § 297 Note 4, Brinz krit. Blätter II S. 34 und Pandekten 1. Aufl. S. 564. 2. Aufl. II S. 400, Beseler deutsch. Privatr. § 118 (4. Aufl. § 106), Bluntschli deutsch. Privatr. § 110 Nr. 2, Stobbe deutsch. Privatr. III § 177, Förster-Eccius Preuß. Privatr. I § 99, Rudorff zu Puchta § 280. a, Gürgens Jahrb. für Dogm. VIII S. 228 fg., Bruns in v. Holtzendorff's Encyclop. I § 69, [Unger Schuldübernahme S. 25 und an den das. citirten Stellen, Hasenöhrl II S. 171, Dernburg II § 48, Wendt § 216]. Auch v. Salpius Novation und Delegation S. 345 fg. vertheidigt die Möglichkeit einer Singularsuccession in Forderungen, begnügt sich freilich für den Begriff der Singularsuccession mit der Identität des Inhalts zwischen dem Recht des Rechtsurhebers und dem des Nachfolgers. [Ebenso Danz und Eisele an den § 353 Note 3 angeführten Stellen, vgl. auch Ryk Lehre von den Schuldverhältnissen S. 485 fg.] Eine eigenthümliche Stellung zur Frage nimmt Bähr Jahrb. für Dogm. I S. 351 fg. (1857) ein; derselbe faßt, ohne darin einen Widerspruch zu finden, den neu Eintretenden in seinem Verhältniß zum Gläubiger als Sondernachfolger desselben, in seinem Verhältniß zum Schuldner als Stellvertreter des

α. Act der Uebertragung.

§ 330.

Die Uebertragung kann erfolgen: 1) durch Willenserklärung des bisherigen Gläubigers; 2) durch richterliche Verfügung; 3) unmittelbar durch gesetzliche Bestimmung[1].

1. Willenserklärung des bisherigen Gläubigers[2]. Dieselbe kann sowohl eine letztwillige sein[3], wie eine Willenserklärung unter Lebenden. Im letzten Fall ist Annahme von Seiten desjenigen erforderlich, auf welchen die Forderung übergehen soll; bis dahin kann die Uebertragungserklärung zurückgenommen werden[4]. Der Grund, aus welchem die Uebertragung erfolgt, kann von so mannichfaltiger Art sein, wie der Grund einer jeden Vermögenszuwendung[5]; namentlich kann er auch in einer Uebertragungsverpflichtung liegen, so daß die Uebertragung als Erfüllung dieser Verpflichtung erscheint[6]. Die näheren

---

Gläubigers auf (S. 360. 361. 371. 372. 401. 411—413 — S. 361. 407 fg.). Mit Bähr geht Arndts § 254. 256. — Ueber das ältere deutsche Recht s. Stobbe Zeitschr. f. RGesch. XI S. 399 fg.

[11] Die quellenmäßigen Ausdrücke sind: cedere actione (oder actionem), cessio actionis. Die Quellen wenden diese Ausdrücke nur auf den Fall an, wo die Uebertragung durch die Willenserklärung des bisherigen Gläubigers erfolgt, die Neueren aber sprechen — nicht gerade sehr passend (vgl. Regelsberger Arch. f. civ. Pr. LXIII S. 158. 159) — von Cession und Cessionar auch in den Fällen, wo der Uebergang der Forderung auf richterlicher Verfügung oder gesetzlicher Vorschrift beruht. Der Ausdruck „Cedent" versagt in diesen Fällen den Dienst. (Cedere actione bildet keinen Gegensatz zu mandare actionem; das mandatum actionis ist Ausführung der cessio actionis. L. 24 pr. D. de min. 4. 4, l. 8 § 10 D. mand. 17. 2. Brinz 2. Aufl. II § 284 Note 6.)

§ 330. [1] Genauer: durch eine gesetzliche Bestimmung, welche an eine andere Thatsache anknüpft, als die Willenserklärung des bisherigen Gläubigers oder eine richterliche Verfügung. Vgl. I § 68 Note 1.

[2] Mühlenbruch § 41. 42. Blancocession: Seuff. Arch. XXII. 227. 228, vgl. 226. Sohm Zeitschr. f. Handelsrecht. XVII S. 70 fg.

[3] Nomen legatum. L. 18 C. de legat. 6. 37.

[4] Das Verhältniß ist das gleiche, wie bei der Eigenthumsübertragung, vgl. I § 172 Note 1.

[5] Wenn der Satz aufgestellt wird, daß die Cession einer iusta causa bedürfe, so ist das in keinem anderen Sinne wahr, als das Gleiche für die Tradition wahr ist: es muß aus den vorliegenden Thatsachen ersichtlich sein, daß der Wille wirklich auf die Uebertragung der Forderung gerichtet ist. Einzelne iustae causae in diesem Sinne: Kauf, Tausch, Mitgiftbestellung, Erfüllung einer Verbindlichkeit ꝛc. Vgl. die in § 329 Note 6 citirten Stellen und Schmid I § 21—24. Seuff. Arch. XXV. 232, XXVI. 125. — Nothwendigkeit der Anführung eines Cessionsgrundes in der Klageschrift? S. C. A. Seuffert in Seuffert Pand. § 298 Note 4, Schmid II S. 433, Karlowa Rechtsgeschäft S. 270, Seuff. Arch. XXIV. 27.

[6] Auf diesen Fall bezieht sich der Begriff der cessio necessaria, welchen

Grundsätze für die Uebertragungserklärung sind die nämlichen, wie für die Willenserklärungen überhaupt (I § 69 fg.)[6a].

2. Richterliche Verfügung[7]. Durch richterliche Verfügung kann eine Forderung übertragen werden: a) im Erbtheilungsurtheil[8]; b) nach heutigem Recht im Executionsverfahren durch Ueberweisung einer gepfändeten Forderung[9]. In diesen Zusammenhang gehört auch der Fall, wo der Richter die Cessionserklärung des zur Abgabe derselben Verpflichteten durch sein Urtheil ersetzt[9a].

3. Gesetzliche Bestimmung[10]. Die einzelnen hierher gehörigen Fälle stehen unter einer allgemeinen Regel nicht[11]. Namentlich ist es falsch, die Regel aufzustellen, daß in allen Fällen, in welchen ein Gläubiger zur Uebertragung seiner Forderung verpflichtet ist, die Forderung nach gesetzlicher Bestimmung sofort, auch ohne Uebertragung von Seiten des Gläubigers, übergegangen sei[12].

---

man gegenüber dem Begriff der cessio voluntaria aufzustellen pflegt. Man versteht aber unter cessione necessaria nicht jede auf Grund einer Cessionsverbindlichkeit erfolgende Cession, sondern nur die auf Grund einer nicht freiwillig übernommenen Verbindlichkeit erfolgende. Vgl. Mühlenbruch § 36—39, Puchta S. 460; aber auch Schliemann Haftung des Cedenten S. 22, Arndts § 255 Anm. 3, Brinz 2. Aufl. II § 284 Note 15. — Man bemerke noch: beim Verkaufe einer Forderung liegt die Uebertragungserklärung in dem Verkaufe selbst; der Verkauf begründet nicht erst eine Uebertragungsverpflichtung, welcher dann durch einen besonderen Uebertragungsact genügt werden müßte. Ebenso beim Tausche, bei der Schenkung und überhaupt bei jedem Entäußerungsgeschäft (§ 321 Note 18). — Specielle Frage: hängt beim Kaufe die rechtliche Wirkung der Forderungsübertragung in derselben Weise von der Zahlung oder Creditirung des Kaufpreises ab, wie davon die rechtliche Wirkung der Eigenthumsübertragung abhängt (I § 172 Note 19)? S. über diese Frage Mühlenbruch S. 456, Puchta a. a. O. S. 462 und Vorlesungen II S. 131—132, Strempel über die iusta causa bei der Tradition S. 120, Buchner Arch. f. prakt. RW. V S. 161 fg., Hoffmann das. S. 182 fg., Schmid I S. 203, Leist Mancipation und Eigenthumstradition S. 300 fg.

[6a] Recht des Schuldners, sich auf die Simulation der Cession zu berufen: s. § 334 Note 1.

[7] Mühlenbruch § 40, Schmid I S. 187—189.

[8] L. 3 D. fam. erc. 10. 2.

[9] CPO. § 736 fg., Mandry S. 413 fg., Hellwig Verpfändung und Pfändung von Forderungen S. 203 fg.

[9a] CPO. § 779. Vgl. § 173 Note 5.

[10] Mühlenbruch § 43—45, Schmid § 25—50. Man spricht in diesem Falle von einer cessio legis.

[11] Beispiele: l. 8 § 16 D. de inoff. 5. 2, l. 13 § 25 D. de A. E. V. 19. 1.

[12] Diese Regel wird namentlich von Puchta (kl. Schriften S. 461—463, Pandekt. § 281, Vorlesungen II S. 131—132) und von Savigny (Obl. I S. 243 fg.) verfochten; für dieselbe auch die Entscheidungen bei Seuff. Arch. III 259, VI. 313, XIV. 23, XVI. 40. Gegen dieselbe haben sich erklärt: Mühlenbruch S. 470, Windscheid die Actio 2c. § 20, Brinz 1. Aufl S. 567 (2. Aufl. II S. 395 fg.), Arndts § 255 Anm. 4, Vangerow III S. 85 (7. Aufl. S. 76,

β. Wirkung der Uebertragung*.

§ 331.

Die Uebertragung macht den Erwerber zum Gläubiger. Er kann nicht bloß die Forderung einziehen[1], sondern auch in anderer Weise über dieselbe verfügen[2]. Stirbt er, so geht sie mit seinem übrigen Vermögen auf seine Erben über[3]. Aber die Uebertragung bewirkt nicht auch sofort, daß der bisherige Gläubiger aufhöre Gläubiger zu sein. Auch er also kann die Forderung einziehen, ohne daß der Schuldner sich auf die geschehene Uebertragung berufen dürfte[4].

---

s. namentlich auch in dieser Auflage S. 103), Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 399 fg., Zimmermann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XV S. 102 fg., Zaun Arch. f. prakt. RW. N. F. I S. 18—27, Thöl Handelsr. I § 24 Note 7. 6. Aufl. § 75 Note 20, Schmid S. 189—192. II S. 432, Karsten in der § 329 Note 6 a. E. citirten Schrift. Seuff. Arch. XXII. 225, XXV. 103. 231, XXVI. 213, XXXI. 221, 222, XXXII. 314. Entsch. d. RG. I S. 314 (= Seuff. Arch. XXXVI. 23). Das Hauptargument gegen diese Regel ist folgendes: wenn bei den übrigen Vermögensstücken, und namentlich beim Eigenthum, die Verpflichtung zur Uebertragung nicht gleich der Uebertragung ist, warum soll sie es bei der Forderung sein? Außerdem sprechen gegen die Regel direct l. 49 § 2 D. de A. v. A. P. 41. 2, § 4 I. de fidei. 3. 20, l. 11 C. eod. 8. 40 [41] in Verbindung mit l. 17 D. eod. 46. 1; vgl. auch l. 18 D. de pec. leg. 33. 8, l. 17 § 2 D. de exc. doli 44. 4. — E. A. Seuffert in Seuffert Pand. § 298 Note 8 erklärt sich zwar im Uebrigen gegen die herrschende Meinung, will sie aber festgehalten wissen für den Fall des Concurses des Cessionsverpflichteten auf Grund von l. 2 D. de inst. act. 14. 3, l. 5 D. de stip. praet. 46. 5, welche Stellen doch nur von einem zur Cession verpflichteten Geschäftsführer handeln. S. auch HGB. Art. 368.

* Mühlenbruch § 46—62, Schmid II § 30—39. Hierher gehört auch der sehr gründliche und die modernen Gesetzgebungen in ausgiebiger Weise berücksichtigende Aufsatz von Oberrichter Attenhofer in Luzern, abgedruckt in der Zeitschr. des Bernischen Juristen-Vereins XVI S. 305 fg. XVII S. 1 fg. 541 fg. XVIII S. 157 fg. (1880—1882).

§ 331. [1] Nach römischer Auffassung: es wird ihm auf Verlangen actio gegeben.

[2] Veräußerung: l. 33 C. de don. 8. 53 [54] (*vv.* quod et in procuratore). Erlaß: l. 13 § 1 l. 16 pr. D. de pact. 2. 14, vgl. l. 8 § 2 D. quib. mod. pign. 10. 6. Eid: l. 17 § 3 D. de iurei. 12. 2. Das Compensationsrecht wird dem bloßen in rem suam procurator noch abgesprochen von Papinian in l. 18 D. de comp. 16. 2. Vgl. Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 376—377, Schmid II S. 21 fg. 110. 433, Dernburg Compensation 2. Aufl. S. 403. 405; aber auch Mühlenbruch S. 612, E. A. Seuffert in Seuffert Pand. II S. 161 unt. S. 162. Vgl. noch Regelsberger Arch. f. civ. Pr. LXIII S. 193 fg. Seuff. Arch. XXI. 43.

[3] L. 33 C. de don. 8. 53 [54].

[4] Für den aufgestellten Satz beweisen folgende Stellen. a) L. 3 C. de nov. 8. 41 [42] (Gordianus a. 239). „Si delegatio non est interposita debitoris tui ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen, antequam lis contestetur vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris, et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere". Man darf dieser Stelle gegenüber

Ebenso kann er in anderer Weise über die Forderung verfügen[5], und auch er überträgt, wenn er stirbt, die Forderung auf seine Erben[6]. Es steht jedoch in der Macht des Erwerbers, dieses Verhältniß zu beendigen und sich zum alleinigen Gläubiger zu machen. Dieß bewirkt er dadurch, daß er dem Schuldner gegenüber den Willen an den Tag legt, fortan ihn als seinen Schuldner zu haben, daß er dem Schuldner gegenüber die Forderung ergreift, wozu schon eine einfache Anzeige an den Schuldner genügt[7].[8] Dagegen wird durch eine in

nicht geltend machen wollen, daß sie nur vom Standpunkte der mandata actio aus rede, wie Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 378 fg. thut. Daß die Stelle die utilis actio nicht nennt, ist nicht auffallender, als die gleiche Erscheinung in l. ult. D. de transact. 2. 15, deren Entscheidung entschieden auf der utilis actio beruht. Allerdings läßt sich gerade bei der in solutum datio ein directes Zeugniß für die utilis actio erst aus einer späteren Zeit beibringen (aus dem J. 294, l. 5 C. quando fiscus 4. 15); aber bereits drei Jahre nach der l. 3 cit. wird die utilis actio von demselben Kaiser, von welchem diese letztere Stelle herrührt, bei einem kaufähnlichen Geschäft (für die Kaufähnlichkeit der in solutum datio: l. 24 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 4 C. de evict. 8. 44 [45]) in einem Rescripte anerkannt, ohne Andeutung, daß damit etwas Neues eingeführt werde (l. 1 C. de O. et A. 4. 10 in Verbindung mit l. 76 D. de sol. 46. 3, vgl auch l. 2 C. de O. et A. [*vv.* saepe rescriptum est], l. 8 C. h. t. 4. 39 [*vv.* secundum ea quae pridem constituta sunt]). Dazu kommt, daß mit dem Standpunkt der mandata actio die Worte: „vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit" unvereinbar sind. Bähr hält nun zwar diese Worte für interpolirt; aber einen Beweis dafür hat er nicht beigebracht. Und zugegeben auch, sie seien interpolirt, so haben gerade durch diesen Zusatz die Redactoren der Compilation deutlich genug an den Tag gelegt, daß wenigstens sie von dem Standpunkte der utilis actio aus zu reden gemeint seien. b) L. 23 § 1 D. h. t. 18. 4. „Nominis venditor, quidquid vel compensatione vel exactione fuerit consecutus, integrum emtori restituere compellatur". Für diese Stelle ist es vollkommen sicher, daß sie vom Standpunkt der utilis actio aus redet; denn jedenfalls zur Zeit des Hermogenian, von welchem sie herrührt, war die utilis actio beim Forderungskauf längst anerkannt. Ueber die Gründe, welche man gegen den im Text aufgestellten Satz geltend gemacht hat, s. Note 8.

[5] Er kann sie zur Compensation verwenden, l. 23 § 1 D. h. t. 18. 4. Er kann sie erlassen, l. 19 D. h. t., deren Verfasser freilich noch auf dem Mandatsstandpunkt steht. Ueber l. 2 § 5 D. h. t. s. Note 8. — Entzieht die Beschlagnahme der Forderung beim Cedenten dieselbe dem Erwerber? Nein: Seuff. Arch. VII. 301; ja: das. XII. 338. Vgl. XIII. 92.

[6] Auch erwerben kann er für die Forderung, Pfandrecht oder Bürgschaft, l. 6 D. h. t. 18. 4, welche Stelle übrigens in ihrem ursprünglichen Sinn wohl nur dem Standpunkte der actio mandata aus geschrieben ist, da zur Zeit des Paulus die utilis actio beim Forderungskauf kaum schon anerkannt war. Vgl. übrigens auch Schmid II S. 183 fg.

[7] L. 3 C. de nov. 8. 41 [42] (Note 4): — „antequam lis contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denuntiaverit". Vgl. l. 3 C. mand. 4. 35, l. 4 C. quae res pign. 8. 16 [17]. Treten der Uebertragende und der Erwerber zu gleicher Zeit gegen den Schuldner auf, so geht der Letztere vor, l. 55 D. de proc. 3. 3. Anzeige vor perfecter Cession; Seuff. Arch. XXXII. 315. — Reichsges. 31/3 73 § 6 und 2/3 74 § 45.

anderer Weise erlangte Kenntniß des Schuldners von der geschehenen Uebertragung das Recht des bisherigen Gläubigers nicht ausgeschlossen,

---

[8] Das bisher Gesagte ist in mehr als Einer Beziehung bestritten, und es ist bei dem Zustand unserer Quellen kaum zu hoffen, daß jemals ein reines und Alle befriedigendes Resultat wird erreicht werden. 1) Die Hauptfrage ist, ob wirklich das Recht des bisherigen Gläubigers erst durch die Anzeige an den Schuldner (Denuntiation, wie man gewöhnlich sagt) und das derselben Gleichstehende, und nicht schon durch die Uebertragung der Forderung ausgeschlossen wird? Während das Erstere von der herrschenden Meinung gelehrt wird (Mühlenbruch S. 491. 501, Puchta S. 482, Unterholzner I S. 608, Sintenis II S. 810, Seuffert § 300, neuerdings Attenhofer a. a. O. XVI S. 326 fg. XVII S. 544 fg. XVIII S. 159 fg., [Wendt § 216], Seuff. XXXII. 128, XXXIII. 15), haben sich für das Letztere neuerlich ausgesprochen Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 369 fg., welchem folgt v. Salpius Novation und Delegation S. 419—420, und Schmid II S. 296 fg., s. auch Bruns in v. Holtzendorff's Encyclop. I § 64 g. E., Brinz 2. Aufl. II S. 394, [Dernburg II § 48, Ryk S. 487, Hasenöhrl S. 193, Eisele die actio utilis des Cessionars S. 47 fg.]. Nach der Ansicht dieser Schriftsteller, die angenommen ist in den Erkenntnissen bei Seuff. Arch. XXXII. 127 (München) und XXXVII. 19 (RG., Entsch. IV S. 111), hat sofort nach der Uebertragung der bisherige Gläubiger kein Recht zum Fordern mehr, und nur der Schuldner das Recht, sich auf die dem Gläubiger in Unkenntniß der geschehenen Uebertragung gemachte Leistung, so wie auf andere mit ihm gepflogene Befreiungsverhandlungen, dem neuen Erwerber der Forderung gegenüber zu berufen. Für dieses letztere Recht werden passende Analogien angeführt: l. 12 § 2 l. 32 l. 51 D. de sol. 46. 3, l. 15 l. 26 § 1 l. 29 pr. — § 3 D. mand. 17. 1, l. 32 D. de min. 4. 4, l. 31 § 1 D. de R. C. 12. 1. Es ist auch zuzugeben, daß der bezeichneten Ansicht sich sowohl l. 3 C. mand. 4. 35 als l. 4 C. quae res pign. 8. 16 [17] sehr wohl fügen, und daß aus diesen Stellen gegen dieselbe nicht argumentirt werden darf. Dagegen scheitert jene Ansicht meiner Meinung nach an den beiden in Note 4 genannten Stellen, und namentlich an l. 3 C. de nov. (über die zweite Stelle, l. 23 § 1 D. h. t., s. die vorhin citirte Note, über l. 6 eod. s. Note 6). In l. 3 C. cit. heißt es geradezu, daß der ursprüngliche Gläubiger bis zur Denuntiation das Recht behalte, die Forderung einzuziehen („*non vetaris*"). Bähr muß diese Worte davon verstehen, daß der ursprüngliche Gläubiger die factische Möglichkeit behalte, die Forderung einzuziehen, und das scheint mir willkürlich. Wie Schmid (II S. 211 fg. 435) die Stelle beseitigt, ist zu weitläufig, hier zu referiren; seine Ansicht beruht aber auf der seltsamen und ungesunden Idee, daß das römische mandatum actionis als solches zwar auch utilis actio gewährt habe, daß aber diese utilis actio vom Erwerber erst habe ergriffen werden müssen, um sich freilich dann als schon von Anfang an dagewesen darzustellen. Das Gewicht der l. 3 C. cit. wird auch, wie ich glaube, nicht aufgehoben: a) durch l. 17 D. de transact. 2. 15. Zwar ist es vollkommen sicher, daß diese Stelle Denuntiation zum Ausschluß des bisherigen Gläubigers nicht erfordert (vgl. l. 104 D. de sol. 46. 3); aber sie redet auch (am Schluß) von einem herausgegebenen Erbschaftsvermächtniß, also einem Fall der Gesammtnachfolge, und daß sie dem Erbschaftsvermächtniß den Erbschaftskauf gleichstellt, wird man nach l. 13 § 4 l. 64 pr. D. de H. P. 5. 3 nicht auffallend finden dürfen. b) Aus diesem Grunde würde auch l. 16 pr. D. de pact. 2. 14 nichts für Bähr beweisen, wenn es auch unzulässig sein sollte, den zweiten Satz derselben von einer exceptio pacti de non petendo zu verstehen, wovon mir das Gegentheil sicher zu sein scheint (vgl. Bähr

auch nicht durch die eigene Anzeige des Gläubigers[9]. — Die nämliche Stellung, wie gegenüber dem bisherigen Gläubiger, nimmt der

S. 383, Schmid II S. 180). c) L. 18 pr. D. de pign. act. 13. 7. Die Denuntiation wird in dieser Stelle nicht für überflüssig erklärt, sondern vorausgesetzt. — Aus l. 2 § 5 D. h. t. darf ein Argument gegen Bähr nicht hergeleitet werden, nicht nur deßwegen nicht, weil die Stelle von einem Erbschaftskaufe handelt (l. 17 D. de transact. cit.), sondern vor allen Dingen deßwegen nicht, weil, wie das Vorhergehende deutlich zeigt (s. namentlich § 3 i. f. eod.), die in der Stelle erwähnte Acceptilation zu denken ist als vor der Cession (dem Erbschaftskauf) gemacht. So auch E. A. Seuffert in Seuffert Pand. § 297 Note 4. 2) Bähr ist der Meinung, daß, wer Denuntiation zur Vollendung des Forderungsüberganges verlange, damit den Erwerber auf den Standpunkt der actio mandata hinabdrücke, d. h. ihm vor der Denuntiation dieselbe Rechtsstellung anweise, welche der römische procurator in rem suam vor Einführung der utilis actio eingenommen habe. Das ist entschieden irrig. Jedenfalls hat der Erwerber auch vor der Denuntiation ein festes Rechtsverhältniß zur Forderung. Ich habe dieses Rechtsverhältniß in meiner Schrift über die Actio S. 144 nach Analogie des durch eine bedingte Willenserklärung begründeten Rechtsverhältnisses bestimmt. Ich glaube jetzt weiter gehen zu müssen, und schreibe dem Erwerber auch vor der Denuntiation geradezu ein Forderungsrecht zu. Es wird ihm auf Verlangen actio suo nomine gegeben; damit ist ihm ein Forderungsrecht zuerkannt. Es liegt hier also ein Fall der Correalobligation vor, ein Fall, welchen die Quellen nur deßwegen nicht als solchen bezeichnen, weil die Concurrenz sich nur auf die actio, nicht auf die obligatio bezieht. Vgl. § 297 Note 6. Diese Auffassung wird auch von Attenhofer a. a. O. XVII S. 571 fg. vertheidigt. 3) In geradem Gegensatz zu der bei 1 bezeichneten Ansicht hat Muther in seiner Gegenschrift gegen meine Schrift über die Actio S. 171 fg. den Satz aufgestellt, daß der bisherige Gläubiger selbst durch die Denuntiation nicht aufhöre, Gläubiger zu sein. Zwar verliere er das Recht, den Schuldner zur Leistung zu nöthigen, aber nicht das Recht, ihn durch Leistungsannahme oder in sonstiger Weise zu befreien, so daß danach der Erwerber einen Anspruch gegen den Schuldner nur aus dessen dolus habe. Dieser Meinung, welche jedenfalls für das heutige Recht unrichtig ist, steht auch für das römische die Abnormität des Verhältnisses entgegen, daß Jemand das Liberationsrecht behalten sollte, nachdem er das Recht zu fordern (wenn auch nur ope exceptionis) verloren hat. Bei l. 16 pr. D. de pactis 2. 14 (welche insofern hierher gehört, als nach der hier vertretenen Ansicht beim Erbschaftskauf derjenige Zustand sofort eintritt, welcher sonst nur die Folge der Denuntiation ist) bleibt es zwar auffallend, daß dem Gläubiger exceptio pacti de non petendo entgegengesetzt wird und nicht die Berufung auf die geschehene Uebertragung; aber diese Schwierigkeit besteht auch für Muther, welcher ja nach der Denuntiation dem Schuldner eine Einrede aus der geschehenen Uebertragung nicht versagt. Vgl. noch Arndts § 256 Note 4, Attenhofer XVII S. 569 fg.

[9] Auch dieser Satz ist bestritten, Glück XVI S. 424 fg., Mühlenbruch a. a. O. S. 492 fg., Muffet Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII S. 360 fg., Bähr a. a. O. S. 416 fg., Arndts § 256 Anm. 1, Schmid II S. 242 fg. 435, Attenhofer XVI S. 315 fg. 342 fg. XVII S. 544 fg. [Wendt S. 530]. Aber die Quellen legen die entscheidende Wirkung nur einer die Forderung ergreifenden Thätigkeit des Erwerbers bei. L. 17 D. de transact. 2. 15 enthält eine Ausnahme für das Erbschaftsvermächtniß und den Erbschaftskauf (s. diesen § a. E.). S. auch Knorr Arch. f. civ. Pr. XLVI S. 74 fg., Waldeck das. LI S. 233—243.

Erwerber gegenüber den Rechtsnachfolgern des Gläubigers ein, und nicht bloß den Gesammtnachfolgern, sondern auch den Sondernachfolgern gegenüber. Auch ihnen gegenüber also ist er Gläubiger, und auch sie kann er durch Ergreifung der Forderung (durch die Anzeige) von ihrem Gläubigerrecht ausschließen; dieselben können ihrerseits den Erwerber so wenig ausschließen, wie ihr Rechtsurheber es konnte[10]. Ebenso nehmen die Rechtsnachfolger des Erwerbers die nämliche Stelle ein, wie der Erwerber selbst, nicht bloß seine Gesammtnachfolger, sondern auch seine Sondernachfolger, und nicht bloß gegenüber den Gesammtnachfolgern, sondern auch gegenüber den Sondernachfolgern

---

Dafür, daß die Anzeige durch den Cessionar erfolgen müsse: Seuff. Arch. VI. 25, XII. 338, XV. 120 Nr. 3, XXIV. 236, XXVIII. 217 Nr. 1; dawider III. 156, XV. 120 Nr. 1 und 2, XXVII. 119, XXVIII. 217 Nr. 2, XXXI. 26, XXXIV. 110. Daß Benachrichtigung durch Dritte nicht genüge: das. XIII. 91, XXXVI. 271. — Ich habe jene ergreifende Thätigkeit des Erwerbers an einem andern Orte (die Actio 2c. S. 141 fg. 187 fg.) Inbesitznahme der Forderung genannt. Hiergegen haben sich erklärt Muther in seiner Gegenschrift S. 172. 173, Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 425—427; s. aber meine Abwehr gegen Muther S. 80. Vgl. noch Kuntze Inhaberpapiere S. 242 Note 5 und zu Holzschuher III § 233 Nr. 1, welcher Schriftsteller in der Denuntiation eine Besitzentsetzung, d. h. eine Beseitigung des Besitzes des Cedenten, sieht, und aus dieser Auffassung folgert, daß sie auch durch einen Act des Cedenten ersetzt werden könne.

[10] Diese Frage ist wieder sehr bestritten. Für den Vorzug des ersten Erwerbers haben sich ausgesprochen Mühlenbruch S. 502, Vangerow III § 575 Anm. 4, Bähr a. a. O. S. 435 fg., Dernburg Pfandrecht I S. 472, Schäffer Arch. f. prakt. RW. I S. 403 fg. und III 4. Heft S. 149 fg., Schmid II S. 297 fg., Waldeck Arch. f. civ. Pr. LI S. 243 fg., [Hasenöhrl S. 197], Seuff. Arch. VIII. 248, XIII. 246, XVII. 27, XXIV. 234, XXXI. 27, XXXVII. 107. Daß der zweite Erwerber vorgehe, wenn er zuerst denuntiirt habe, vertheidigen Puchta Vorles. zu § 283, Flach Entscheidungen des OAG. zu Wiesbaden III S. 141 fg., Muffet Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII S. 339 fg., Knorr Arch. f. civ. Pr. XLII S. 312 fg., Attenhofer XVIII S. 171 fg., [Wendt S. 530]. Ich selbst habe mich früher für die letztere Meinung ausgesprochen (die Actio 2c. S. 190 fg.), während Sintenis in der zweiten Auflage seines Lehrbuchs (II S. 813) seine Meinung in der entgegengesetzten Richtung geändert hat. Der Grund, welcher für den Vorzug des ersten Erwerbers entscheidet, ist im Text bezeichnet. Es kann Niemand mehr Recht übertragen, als er selbst hat, und der Uebertragende hatte nach der ersten Cession nicht die Befugniß, den Erwerber durch Anzeige an den Schuldner auszuschließen. Das Letztere habe ich früher mit Unrecht geleugnet. Die Uebertragung macht den Erwerber auch vor der Anzeige zum wirklichen Gläubiger; dieses Gläubigerrecht kann der Uebertragende zwar dadurch verkümmern, daß er das ihm gebliebene Gläubigerrecht geltend macht, aber in anderer Weise nicht. Würde aber auch die Uebertragung als solche den Erwerber noch nicht zum wirklichen Gläubiger machen, so gäbe sie ihm doch jedenfalls, nach der Analogie des bedingten Rechtsgeschäfts, eine unverkümmerbare Aussicht auf die Gläubigerschaft. Thäte sie auch dieß nicht, so würde das Recht des Erwerbers vor der Denuntiation weder vererblich noch veräußerlich (Note 2 und 3) sein.

des bisherigen Gläubigers. — Beerbt der bisherige Gläubiger den Schuldner oder umgekehrt, so ist dieß für das Recht des Erwerbers gleichgültig, mag der Erbfall vor oder nach der Ergreifung der Forderung eintreten[11].

Ein sofortiger Ausschluß des bisherigen Gläubigers tritt ausnahmsweise dann ein, wenn die Forderung mit dem ganzen Vermögen, zu welchem sie gehört, übertragen wird, so namentlich durch einen Erbschaftskauf. Leistet aber der Schuldner dem bisherigen Gläubiger in Unkenntniß des Forderungsüberganges, so wird er dadurch frei; ebenso durch andere mit dem bisherigen Gläubiger gepflogene Befreiungsverhandlungen[12].

§ 332.

Die Forderung geht auf den Erwerber über, wie sie bei dem bisherigen Gläubiger war, mit ihren Mängeln und mit ihren Vorzügen.

1. Sie geht über mit ihren Mängeln, d. h. sie bleibt behaftet mit den Einreden, mit welchen sie bei dem bisherigen Gläubiger behaftet war[1]. Jedoch gilt dieß nicht ausnahmslos für alle Einreden; es gilt nicht für diejenigen, welche sich nicht sowohl auf die Forde-

[11] Nach der Ergreifung, weil er aufgehört hat, Gläubiger zu sein; vor der Ergreifung, weil durch die Beerbung nur sein Gläubigerrecht untergeht. L. 20 pr. D. h. t. 18. 4 ist zu einer Zeit geschrieben, wo die actio utilis noch nicht anerkannt war. Die Compilatoren haben sie nur aus Versehen aufgenommen und in derselben den eigentlichen Gedanken des neuesten römischen Rechts so wenig ausgedrückt, wie in l. 18 D. de compens. (Note 2). Vgl. Fitting Correaloblig. S. 107 Anm. 137. Eine andere Erklärung bei C. A. Seuffert in Seuffert Pand. § 297 Anm. 4, eine noch andere bei Schmid II S. 122 fg.

[12] L. ult. D. de transact. 2. 15. Ueber l. 2 § 5 D. h. t. 18. 4, s. Note 8. In l. 4 C. h. t. 4. 39 sind die entscheidenden Worte zu unbestimmt, als daß sie ein Gegengewicht abgeben könnten. Wird der Schuldner auch frei durch schenkweisen Erlaß? Bähr a. a. O. S. 419. — Vgl. noch l. 27 i. f. D. de proc. 3. 3.

[1] L. 5 D. h. t. Vgl. auch l. 16 § 3 D. de lib. causa 40. 12 (über l. 17 eod. s. die Citate I § 73 Note 18). Aus der Praxis Seuff. Arch. IV. 106, XI. 31, XIX. 26, XX. 98 (S. 159). Eine recht bedenkliche Ausnahme verficht Regelsberger Arch. f. civ. Pr. LXIII S. 200 fg. — Es versteht sich von selbst, daß hier von Proceßeinreden keine Rede ist, wie z. B. der Einrede, mit welcher die Verpflichtung eines ausländischen Klägers zur Sicherheitsleistung geltend gemacht wird (CPO. § 102). — Aus dem gleichen Grunde hat der Erwerber auch keine Verpflichtung, sich auf eine Wiederklage aus der Person des bisherigen Gläubigers einzulassen. L. 33 § 5 l. 70 D. de proc. 3. 3 reden jedenfalls nur vom Standpunkte der mandata actio aus, und selbst, was diesen Standpunkt angeht, s. l. 33 § 5 cit. i. f. und l. 34 eod. Vgl. übrigens Mühlenbruch § 62, Puchta S. 495, Sintenis II S. 817, Schmid II S. 419. Seuff. Arch. V. 234, XII. 146, XXVIII. 127.

§ 332.

rung selbst, als vielmehr auf diese bestimmte Gläubigerperson beziehen; diese Einreden gehen mit dem Wechsel des Gläubigers unter[2]. Dahin gehört namentlich die Einrede aus der Rechtswohlthat des Nothbedarfs, wenn sie ihren Grund in einer persönlichen Eigenschaft des Gläubigers hat[3]; ferner die Einrede aus einem persönlichen Erlaßvertrag[4].[5] Nur dann kann der Schuldner auch eine persönliche Einrede entgegensetzen, wenn die Uebertragung in böswilliger Absicht zu dem Ende gemacht worden ist, um ihn der Einrede zu berauben[6]. — Einreden, welche nach der Uebertragung, aber vor der Anzeige an

[2] Vgl. l. 7 pr. D. de exc. 44. 1. Dieser Satz ist nicht allgemein anerkannt. Namentlich in der neueren Zeit ist er mit Lebhaftigkeit auf Grund der Auffassung bestritten worden, daß der Erwerber dem Schuldner gegenüber nur Ausüber einer fremden Obligation, nur Vertreter des Gläubigers sei. Francke Arch. f. civ. Pr. XVI S. 417 fg., Puchta S. 492 fg., Vangerow III § 575 Anm. 1, Sintenis II S. 815 fg., Holzschuher III § 223 Nr. 2 a. E., s. auch Schmid II S. 394 fg. Dawider Mühlenbruch S. 588 fg., Windscheid die Actio rc. S. 182 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 403 Note 7. Von dem hier vertretenen Standpunkte aus ließe sich die Fortdauer der persönlichen Einreden nur mit Berufung auf den Satz rechtfertigen, daß durch die Uebertragung der Forderung der Schuldner nicht in eine schlechtere Lage versetzt werden dürfe. Aber man muß sich hüten, diesen Satz rücksichtslos auszubeuten; er findet seine nothwendige Begrenzung darin, daß die Uebertragung der Forderung eben rechtlich zulässig ist. Weil sie rechtlich zulässig ist, muß der Schuldner auch die sich daraus ergebenden Consequenzen hinnehmen, selbst wenn sie ihm nachtheilig sind. Vgl. Mühlenbruch § 59 Note 133a; Seuff. Arch. X. 250, XIII. 193 (der Schuldner kann mit dem Revers des Gläubigers über Tilgung der Schuld dem Erwerber gegenüber das Datum der Tilgung nicht beweisen, vgl. Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 446 Note 124 — anders Schmid II S. 406, und vgl. Seuff. Arch. IX. 343), XXXIV. 111.

[3] S. § 267 Ziff. 2 und 3. Diese Einrede wird auch von Solchen ausgeschlossen, welche sonst die persönlichen Einreden zulassen, aus dem Grunde, weil sie nur gegen die Execution, nicht gegen die Forderung gehe. So von Puchta S. 495, Schmid II S. 411; derselbe Grund bei Mühlenbruch S. 591 in der Note. S. dagegen Vangerow a. a. O. Nr. 3; vgl. auch Fritz S. 229. [Gegen den Ausschluß Dernburg II § 51 Note 7 (8).]

[4] D. h. aus einem Erlaßvertrag, welcher wirklich nur diese Gläubigerperson hat ausschließen wollen. Anders, wenn der Sinn des Erlaßvertrags war, daß bei Lebzeiten des Gläubigers nicht solle eingefordert werden können, wohl aber durch seine Erben. S. l. 57 § 1 D. de pact. 2. 14 und vgl. Vangerow a. a. O. Nr. 2, Schmid II S. 401.

[5] Nicht auch die exceptio doli, welche in den Quellen nur deßwegen als persönliche bezeichnet wird (l. 2 § 1 l. 4 § 33 D. de doli mali exc. 44. 4), weil sie nicht gegen den unschuldigen Dritten, welchem der Betrug zu Gute gekommen ist, gegeben wird. L. 4 § 27—31 D. de doli mali exc. bezieht sich nicht auf die Uebertragung von Forderungen. Vgl. Vangerow a. a. O. Nr. 1, Schmid II S. 141 fg. 399 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 403 Note 7. Seuff. Arch. XX 98 (S. 159).

[6] Vgl. l. 34 D. de proc. 3. 3, auch l. 40 i. f. D. de stip. serv. 45. 3. Windscheid die Actio rc. S. 183. Mit Unterscheidungen: Regelsberger Arch. f. civ. Pr. LXIII S. 177 fg.

den Schuldner, begründet werden, stehen dem Erwerber mit derselben Unterscheidung entgegen. Einreden aus der Zeit nach der Anzeige können dem Erwerber unter keinen Umständen entgegengesetzt werden[7].

2. Die Forderung geht über mit ihren Vorzügen. Also namentlich mit ihren Nebenrechten: Pfandrechten, Bürgschaften, Zinsansprüchen[8]. Ob die Vorzüge der Forderung auf dem gemeinen Rechte oder auf einer Rechtswohlthat beruhen, ist gleichgültig; ebenso, wenn sie auf einer Rechtswohlthat beruhen, ob diese ihren Grund in einer Eigenschaft der Forderung oder in einer Eigenschaft des Gläubigers hat[9]. Die letztere Unterscheidung greift nur bei Rechtswohlthaten Platz, welche einer Forderung einen Vorzug nicht sowohl verleihen, als in Aussicht stellen; solche Rechtswohlthaten können, wenn sie ihren Grund in einer persönlichen Eigenschaft des Gläubigers haben, von dem Erwerber nicht geltend gemacht werden. Hierher gehören nach der Auffassung der Quellen die Concursprivilegien[10]. —

Was die Einreden aus der Person des Erwerbers angeht, so können diese der übertragenen Forderung entgegengesetzt werden, auch

[7] Vor der Anzeige ist der bisherige Gläubiger noch immer Gläubiger, und die Forderung unterliegt daher der von seiner Person ausgehenden Einwirkung; nach der Anzeige ist er nicht mehr Gläubiger. Daher kann der Schuldner namentlich aus einer nach der Anzeige gegen den Gläubiger erworbenen Forderung dem Erwerber keine Compensationseinrede entgegensetzen. Vgl. Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 221 fg. VIII S. 137 fg. (= Seuff. Arch. XXXI. 134), Schmid II S. 413 fg.

[8] Im älteren Recht verstand sich dieser Uebergang wenigstens für die durch Rechtsgeschäft bewirkte Uebertragung der Forderung nicht von selbst, vielmehr mußte auf die Nebenrechte der Forderung ein besonderer Uebertragungsact gerichtet werden. Anders aber im neuesten Rechte. Vgl. l. 6 l. 23 pr. D. h. t. 18. 4, l. 14 pr. eod., l. 34 pr. D. de leg. III° 32 — l. 6. 7 C. de O. et A. 4. 10, l. 11 C. de fidei. 8. 40 [41] (von welcher Stelle es übrigens nicht ganz sicher ist, daß sie bereits das neuere Recht enthält). Mühlenbruch S. 477, Schmid I S. 19. 27 fg. — Vgl. noch Seuff. Arch. IV. 26, XI. 102 (der dem Cedenten zuerkannte Eid geht nicht auf den Cessionar über), XI. 226 (die Forderung auf rückständige Zinsen geht nicht mit über), XXXVI. 272 (RG.): die Forderung auf rückständige Vertragszinsen geht nicht mit über, wohl die Forderung auf rückständige Verzugszinsen, vgl. auch XXVIII. 24.

[9] L. 43 D. de usur. 22. 1 (welche Stelle aber nach der Lesart der Basiliken den entgegengesetzten Sinn gibt), l. 7 C. de priv. fisci 7. 73, l. 2 C. de his qui in prior. 8. 18 [19].

[10] L. 42 D. de adm. et per. 26. 7, vgl. l. 19 § 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 68 l. 196 D. de R. I. 50. 17. Eine Anwendung dieses Satzes bei Seuff. Arch. XII. 145. Blätter f. RAnwend. XXXIII S. 151 fg. XXXIV S. 114 fg. XXXVI S. 40 fg. 325 fg. — Vgl. Mühlenbruch § 56, Puchta S. 485 fg., Dernburg Pfandrecht II S. 449 fg., Schmid II S. 125 fg. 397 fg. [Dernburg Pand. II § 51 Note 6.]. Wer den Cessionar nur als Vertreter des bisherigen Gläubigers ansieht, muß ihm, wenn er consequent sein will, den Genuß der Rechtswohlthaten des Gläubigers unbedingt gestatten. Windscheid die Actio ꝛc. S. 186.

wenn sie eine rein persönliche Beziehung auf den Erwerber haben[11]. Umgekehrt kann der Erwerber für die Forderung auch alle Rechtswohlthaten aus seiner Person geltend machen[12]; es müßte denn die Uebertragung in böswilliger Absicht zu dem Ende geschehen sein, um die Stellung des Schuldners zu erschweren[13].

§ 333*.

Die Wirkung der Forderungsübertragung ist durch positive gesetzliche Vorschrift[1] für den Fall beschränkt, wo die Uebertragung auf einem Kauf beruht[2]. In diesem Fall kann der Erwerber von dem Schuldner nicht mehr einfordern, als er selbst für die Forderung gegeben hat[3], so daß der Schuldner von dem Ueberschuß frei wird[4],

---

[11] Vgl. Mühlenbruch § 61, Schmid II S. 406 fg. Seuff. Arch. VI. 176. — Von dem Standpunkt der Ansicht, welche den Erwerber nicht als Gläubiger ansieht, muß consequenterweise das Gegentheil gesagt werden. Um dieser Consequenz zu entgehen, nimm Bähr a. a. O. S. 445 an, es sei nur ein Recht des Schuldners, den Erwerber als Vertreter des Gläubigers zu behandeln; er dürfe ihn aber auch als wirklichen Gläubiger behandeln. Einen Beweis für diese Unterscheidung hat Bähr nicht beigebracht.

[12] So gut wie für eine in anderer Weise erworbene Forderung. — Hier wird von der herrschenden Meinung auf Grund der Auffassung, daß die Forderung selbst auf den Erwerber nicht übergehe, in der That das Gegentheil gelehrt. Mühlenbruch § 58, Puchta S. 489 fg., Vangerow III S. 120 (7. Aufl.), Sintenis II S. 815; dawider Schmid II S. 387 fg. [Für die herrschende Meinung Dernburg Pand. 2. Aufl. II § 51 Note 7: weil die Lage des Schuldners nicht verschlechtert werden dürfe.] — Ueber l. 6 pr. D. de iure fisci 49. 14 s. Windscheid die Actio 2c. S. 187; außerdem Mühlenbruch S. 578, Puchta S. 491, Vangerow III § 575 Anm. 2 a. E. (aber auch I § 375 Anm. Nr. 1. b), Sintenis II S. 815 Note 91, Dernburg Pfandrecht 1 S. 343, Schmid II S. 219. 389 fg.

[13] Vgl. Note 6.

* Mühlenbruch § 53, Puchta S. 472—478, Schmid S. 34—50, Holzschuher III § 226.

§ 333. [1] Von K. Anastasius, l. 22 C. mand. 4. 35. Ein Nachtrag von Justinian in l. 23 C. eod.

[2] L. 22 cit.: — „si quis datis pecuniis huiusmodi subierit cessionem".

[3] Die Vorschrift will den Handel mit Forderungen verhindern, davon ausgehend, daß derselbe leicht zur Bedrückung des Schuldners ausschlagen könne. — Die Vorschrift hat in neueren Gesetzgebungen keine Gunst erfahren, so ist sie aufgehoben in Braunschweig (Ges. vom 21. December 1848), in Bayern (Ges. vom 22. Februar 1855), in Preußen (Gesetz vom 1. Februar 1864); auch im HGB. Art. 299. — Vgl. noch Seuff. Arch. XXII. 130. — [Entsch. d. RG. XIV S. 238 (= Seuff. Arch. XLI. 166).]

[4] Dieß ist zwar ausdrücklich nur für den Fall gesagt, wo der Versuch gemacht wird, das Gesetz durch Simulation einer Schenkung zu umgehen (l. 23 C. cit.), und deßwegen ist die Behauptung aufgestellt worden, daß für den Fall, wo ein solcher Versuch nicht vorliegt, der Ueberrest dem verkaufenden Gläubiger bleibe (unter den Neueren von Brackenhöft Arch. f. civ. Pr. XXIII S. 189 fg.,

und denselben daher auch einem Zweiten, welchem der Erwerber seinerseits die Forderung übertragen hat, nicht zu leisten braucht, selbst wenn dieser für die Forderung ihren vollen Betrag gezahlt hat[5]. Dadurch, daß dem Geschäft ein anderer Name gegeben wird, wird natürlich die gesetzliche Vorschrift nicht ausgeschlossen; in den Quellen wird speciell der Fall hervorgehoben, wo eine Schenkung, in Betreff der ganzen Forderung oder eines Theils derselben, simulirt wird[6]. Der Beweis, daß weniger als der Betrag der Forderung gezahlt worden sei, liegt dem Schuldner ob[7]. — Die gesetzliche Vorschrift bezieht sich nur auf eigentliche Käufe, nicht auf kaufähnliche Geschäfte, wie Hingabe an Zahlungsstatt, Auseinandersetzungen, Abfindungen[8],

---

A. Hermann das. XXXI S. 68 fg., Schmid I S. 38 fg.). Aber die l. 23 cit. will offenbar die Anastasische Vorschrift nur gegen die Gefahr der Umgehung schützen, nicht aber die Folgen ihrer Uebertretung neu bestimmen. S. namentlich Vangerow III § 576 Anm. 1. — Ueber die von Manchen behauptete Fortdauer einer natürlichen Verbindlichkeit s. § 289 Note 22, Mühlenbruch S. 550, Schwanert die Naturalobligationen S. 477.

[5] A. M. Arnold prakt. Erörterungen I. Nr. 8, und für den Fall, wo der zweite Verkauf nach der Denuntiation erfolgt, Mühlenbruch S. 606. S. dawider auch Puchta § 285. l. Seuff. Arch. II. 31.

[6] L. 23 cit.

[7] Daß der Schuldner den Beweis führen muß, wenn darüber gestritten wird, ob der Uebertragung ein Kauf- oder ein anderes Geschäft zu Grunde liege, wird nicht bezweifelt. Dagegen spricht die herrschende Meinung den Schuldner von dem Beweise frei, daß der Erwerber weniger für die Forderung gegeben habe als ihren Nennwerth; es soll umgekehrt der Erwerber beweisen müssen, daß er so viel für die Forderung gegeben habe, wie er jetzt fordert. So namentlich Puchta S. 478, Sintenis II § 128 Note 57, Vangerow III § 576 Anm. 2, Schmid I S. 38, Brinz II S. 409 Note 35, s. auch Glück XVI S. 471 und die das. Citirten. Das Gegentheil ist vertheidigt worden namentlich von Weber Beweislast VI § 29, Bethmann-Hollweg Versuche S. 357, und in einem besonderen Aufsatz von Burchardi Arch. f. civ. Pr. XVIII S. 197 fg. Brackenhöft und Herrmann an den in Note 4 genannten Orten machen auch hier die daselbst bezeichnete Unterscheidung; für den regelmäßigen Fall der l. 22 C. mand. legen sie dem Erwerber, für den Ausnahmsfall der l. 23 eod. dem Schuldner den Beweis auf. Der Grund, weßwegen ich die unbedingte Beweislast des Schuldners behaupte, liegt in dem I § 133 Ziff. 1 Gesagten: die Uebertragung berechtigt an und für sich den Erwerber, die Forderung nach ihrem vollen Betrage einzuklagen: das Anastasische Gesetz begründet ein Hinderniß ihrer rechtserzeugenden Kraft. Eine ganz entscheidende Analogie gibt l. 17 D. de prob. 22. 3: der Erbe, welcher kraft der lex Falcidia einen Abzug machen will, muß beweisen, daß dieselbe Platz greife, nicht der Vermächtnißnehmer, daß sie nicht Platz greife. — Für die Beweislast des Schuldners (jedoch auf Grund eines Hannoverschen Particulargesetzes) Seuff. Arch. V. 150; für die Beweislast des Erwerbers: I. 29, V. 126, XV. 19. [Vgl. Entscheid. d. RG. XIV S. 240.]

[8] L. 22 cit.: — „exceptis scilicet cessionibus, quas inter coheredes pro actionibus hereditariis fieri contingit, et his, quascunque vel creditor vel is, qui res aliquas possidet, pro debito seu rerum apud se constitutarum muni-

und nur auf Privatkäufe, nicht auf Käufe in einer öffentlichen Versteigerung[9]. Sie setzt voraus, daß die gekaufte Forderung auf eine Geldleistung, oder doch auf Leistung von Sachen gehe, welche einen Marktwerth haben[10], auch, daß der zu leistende Betrag kein ungewisser sei[11]. Forderungen aus Ordre- und Inhaberpapieren fallen unter das Gesetz schon deßwegen nicht, weil diese nicht durch Rechtsnachfolge (Cession) übergehen[12].[13]

§ 334*.

Der Erwerber muß dem Schuldner gegenüber nicht nur den Beweis der geschehenen Uebertragung führen[1], sondern er muß auch

---

mine ac tuitione accepit, nec non his, quas in legatarios seu fideicommissarios, quibus debita vel actiones seu res aliae relictae sunt, pro his fieri necesse sit". Man darf aus diesen Ausnahmen nicht etwa schließen wollen, daß das Gesetz auch bei anderen lästigen Veräußerungen außer dem Kauf Platz greife. Das Gesetz nimmt auch Schenkungen aus, und fügt überdieß noch ausdrücklich hinzu: ut cessiones *tam pro exceptis et specialiter enumeratis quam aliis causis* factae vel faciendae secundum actionum, quaecunque cessae sunt vel fuerint, tenorem sine quadam imminutione obtineant". S. auch Mühlenbruch S. 536 fg.

[9] Dieß wird allgemein angenommen. Mühlenbruch S. 544, Puchta S. 475, Sintenis S. 806.

[10] Ob die Forderung von Anfang an auf eine Geldleistung geht, oder ob sich ihr Gegenstand erst hinterher in eine Geldleistung verwandelt, darf keinen Unterschied machen. Mühlenbruch S. 543 lehrt, das Gesetz gelte für alle Forderungen auf fungibele Sachen, meint das aber wohl nur mit der im Text bezeichneten Beschränkung. Andere nennen nur Geldforderungen. Vgl. Puchta S. 476, Sintenis S. 806, Schmid I S. 35.

[11] Puchta S. 477, Sintenis S. 807.

[12] S. § 291 Note 2 und 3. Aber auch abgesehen von diesem Argument wird die Unanwendbarkeit der lex Anastasiana auf die bezeichneten Forderungen allgemein anerkannt. S. Kuntze Inhaberpapiere § 139. 140 und die daselbst verzeichnete Literatur.

[13] Andere Ausnahmen, welche man hat machen wollen, bei Mühlenbruch S. 547 fg. Dieser selbst nimmt noch den Fall aus, wo mehrere Forderungen gegen verschiedene Schuldner um Einen Kaufpreis verkauft worden seien. So auch Seuff. Arch. XIX. 146. Dagegen mit Recht Puchta S. 477, Sintenis S. 807. M. A. muß in diesem Fall der Kaufpreis auf die verschiedenen Forderungen verhältnißmäßig vertheilt werden. Sintenis a. a. O. läßt den oder die zuerst Angegriffenen voll haften, den oder die nach Erschöpfung des Kaufpreises noch übrigen Schuldner frei ausgehen. — Verzicht auf die Einrede aus der lex Anastasiana ist bindend. Seuff. Arch. II. 30, XVIII. 131.

* Es ist das Verdienst Bähr's (Jahrb. für Dogm. I S. 445 fg.), die in diesem § erörterten Verhältnisse zur Sprache gebracht zu haben. S. jetzt auch Schmid II S. 262 fg. Gegen Bähr hat sich erklärt Sintenis II § 128 Anm. 1. 77. 100.

§ 334. [1] Nicht auch den Beweis des der Uebertragung zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts. Seuff. Arch. V. 150, X. 36, XI. 136, XIII. 18. 19. Vgl. Seuffert Pand. § 298 Note 4. S. noch Seuff. Arch. I. 336, XI. 137, XII. 96. Auch

den Schuldner in den Stand setzen, diesen Beweis seinerseits gegenüber etwaigen Ansprüchen des die Uebertragung bestreitenden Gläubigers führen zu können. Vermag der Erwerber dieß nicht, so muß er dem Schuldner Realsicherheit dafür geben, daß er ihn gegen die von dem früheren Gläubiger etwa zu erhebenden Ansprüche vertreten werde[2]. Hat der Schuldner dem Erwerber geleistet, ohne diese Sicher-

---

v. Salpius Novation und Delegation S. 418, Schmid II S. 433. Kann sich der Schuldner durch Berufung darauf vertheidigen, daß die geschehene Uebertragung simulirt sei? [Es wird behauptet, daß diese Berufung nur dann zulässig sei, wenn der Cessionar von dem Schuldner fordert, was derselbe dem Cedenten zu leisten nicht verpflichtet ist, z. B. er will compensiren mit einer nach der Anzeige gegen den Cedenten entstandenen Gegenforderung, Schmid II S. 394, Seuff. Arch. XII. 337, XXV. 124 [ROHG.], XLIV. 17. Mit Unrecht; zwar ist der Schuldner, welcher an den Cessionar leistet, geschützt (exc. doli), aber daraus folgt nicht, daß er zur Leistung gegen seinen Willen genöthigt werden kann. Entsch. des ROHG. XXIV. 85.] Mit der simulirten Cession ist aber nicht zu verwechseln die Cession im Interesse des Cedenten. Regelsberger Arch. für civ. Pr. LXIII S. 157 fg. Buchka und Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock V S. 221 (= Seuff. Arch. XXI. 43). S. ferner Seuff. Arch. XXII. 34, XXX. 20, auch XXVII. 252.

[2] Sonst läuft der Schuldner Gefahr, zweimal leisten zu müssen. Der Erwerber führt z. B. dem Schuldner gegenüber den Beweis der Uebertragung durch Eidesdelation; gegen den später auftretenden Gläubiger hat der Schuldner kein anderes Beweismittel, als demselben seinerseits den Eid zuzuschieben; der Gläubiger schwört den Eid aus. Der Schuldner wird dem Gläubiger verurtheilt, und kann von dem Erwerber nichts zurückfordern, da dieser ihm gegenüber den Beweis seiner Gläubigerschaft geführt hat. Bähr S. 358. 359. Daß hier geholfen werden müsse, ist klar; aber wie zu helfen sei, ist nicht ganz leicht zu sagen. Bähr verwerthet an diesem Punkte seinen Satz, daß der Erwerber dem Schuldner gegenüber nur processualischer Vertreter sei (§ 329 Note 10ª. E.); er folgert daraus, daß der Erwerber cautio de rato zu leisten habe. Aber dieser Weg führt meiner Ueberzeugung nach selbst dann nicht zum Ziel, wenn man den Ausgangspunkt Bähr's als richtig anerkennen will. Denn: 1) geht die cautio de rato nicht auf Vertretung in dem von dem Gläubiger zu erhebenden Processe, sondern auf sofortige Leistung des Interesse, sobald der Gläubiger den Proceß erhebt (l. 12 § 3 l. 13 pr. D. ratam rem 46. 8); 2) hatte die cautio de rato ursprünglich nicht den Fall der Zweifelhaftigkeit der Ermächtigung im Auge, sondern den Fall der trotz feststehender Ermächtigung erfolgenden Nichtanerkennung von Seiten des Gläubigers (s. namentlich Bethmann-Hollweg Versuche S. 179 fg.); nachdem sie sich aber auf den Fall der Zweifelhaftigkeit der Ermächtigung zurückgezogen hatte, konnte ihr Inhalt eben deßwegen auch nicht mehr sein, daß der Gläubiger keinen Anspruch erheben werde, sondern, daß derselbe Ermächtigung ertheilt habe, und deßwegen keinen Anspruch erheben werde; es mußte daher dem Caventen gestattet werden, sich durch den Beweis der ertheilten Ermächtigung zu befreien. Mit der Zulassung des Cessionars zu diesem Beweise ist aber eben dem Schuldner nicht gedient. — Eher führen zum Ziele die von Bähr auf S. 454—457 angeführten Quellenstellen. Man wird auf Grund derselben den allgemeinen Satz aufstellen dürfen, daß Jeder, welcher eine Leistung einfordert, dem Belangten Sicherheit dafür geben muß, daß er ihn gegen einen andern Anspruch auf die nämliche Leistung vertreten werde (cautio

heit erlangt zu haben, so kann er, falls der Gläubiger gegen ihn auftritt, diese Vertretung von dem Erwerber dennoch fordern[3]. — Umgekehrt muß auch der ursprüngliche Gläubiger, wenn er nach der Anzeige unter Bestreitung der Berechtigung des Erwerbers fordernd gegen den Schuldner auftritt, demselben Sicherheit für die Vertretung gegen die Ansprüche des Erwerbers leisten[4]. — Veräußert der erste Erwerber die Forderung weiter, so sind die daraus sich ergebenden

defensum iri). Zwar sprechen diese Stellen theilweise (l. 1 § 37 D. dep. 16. 3, l. 8 § 3 D. de leg. II° 31, vgl. auch l. 57 D. de H. P. 5. 3) nur von dem Fall, wo zu gleicher Zeit mehrere Prätendenten einer und derselben Forderung auftreten, und haben theilweise nicht den Fall der Zweifelhaftigkeit der Berechtigung, sondern den Fall im Auge, wo unzweifelhaft auch nach gemachter Leistung noch ein anderer Anspruch übrig bleibt (l. 31 § 1 D. de neg. gest. 3. 5, l. 31 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 20 § 2 D. fam. erc. 10. 2, l. 1 § 9 D. de dote prael. 33. 4, l. 16 § 3 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 14 § 1 D. iud. solvi 46. 7). Aber was das Letztere angeht, so wird man erwägen dürfen, daß es im Resultate keinen Unterschied macht, ob ich einen Anspruch deßwegen gegen mich anerkennen muß, weil er besteht, oder deßwegen, weil ich seine Nichtexistenz (seinen Untergang) nicht beweisen kann; und jedenfalls gibt es zwei Stellen — l. 29 § 6 D. mand. 17. 1 und l. 11 § 21 D. de leg. III° 32 — welche dem Fordernden die cautio defensum iri unabhängig von der einen und der anderen der im Vorstehenden bezeichneten Beschränkungen auferlegen. Uebereinstimmend Schmid a. a. O. Seuff. Arch. XXI. 270, XXIV. 21. Ueber die cautio defensum iri s. den Aufsatz von Cropp in Heise und Cropp jur. Abhandlungen I Nr. 14.

[3] L. 7 § 4 D. de dote prael. 33. 4, l. 5 § 1 D. de usufr. ear. rer. 7. 5, l. 7 pr. D. usuf. quemadm. 7. 9, l. 10 D. de praescr. verb. 19. 5. S. auch Bähr § 17. — Bähr S. 467 ist der Meinung, der Schuldner dürfe, wenn der Gläubiger gegen ihn auftrete, sofort das Geleistete von dem Cessionar zurückfordern, weil es unter der stillschweigenden Voraussetzung gezahlt sei, daß nicht auch der ursprüngliche Gläubiger die Forderung beanspruchen werde. Ich halte das nicht für richtig. Der Schuldner hat gezahlt lediglich unter der Voraussetzung, daß der Cessionar Forderungsberechtigter sei, und die Wahrheit dieser Voraussetzung ist der Cessionar bereit, dem Schuldner zu beweisen.

[4] Für diesen Fall geben einen unmittelbaren Anhalt die Entscheidungen in l. 1 § 37 D. dep. 16. 3, l. 8 § 3 D. de leg. II° 31. Seuff. Arch. XXVIII. 25. Bähr § 19. 20 ist der Meinung, daß in diesem Falle der Schuldner dem ursprünglichen Gläubiger mit befreiender Wirkung zahlen dürfe, falls der Cessionar nicht bereit sei, den Schuldner gegen die Klage des Gläubigers zu vertreten. Bähr's Grund ist: weil der Gläubiger fundatam intentionem habe, und dafür nicht erst einen Beweis zu führen brauche; deßwegen nimmt Bähr auch den Fall aus, wo der Gläubiger nicht sowohl die Thatsache der Uebertragung leugne, als vielmehr die Rechtsbeständigkeit oder Wirksamkeit derselben bestreite. Aber ich wüßte nicht, warum die Beweisfreiheit dem Gläubiger die Befugniß geben sollte, den Cessionar zur Geltendmachung seines Rechts zu nöthigen, dessen Geltendmachung dieser seinen Interessen nicht angemessen findet. Jedenfalls wird, indem der Gläubiger behandelt wird, wie jeder andere Forderungsprätendent, dessen Beweislast in keiner Weise geschärft; wenn er hinterher den Schuldner gegen die Klage des Cessionars zu vertreten hat, nöthigt er denselben durch die Berufung auf seine ursprüngliche Gläubigerschaft nach denselben Grundsätzen zum Beweise, welche auch Platz gegriffen haben würden, wenn der Cessionar den

Rechtsverhältnisse in gleicher Weise zu behandeln[5]. — Treten mehrere Forderungsprätendenten zu gleicher Zeit gegen den Schuldner unter Erbietung zur Sicherheitsleistung auf, so gebührt demjenigen der Vorzug, welchem gegenüber der andere sein besseres Recht erst zu erweisen hat[6]. Uebrigens kann der Streit zwischen mehreren Forderungsprätendenten auch dadurch zum Austrag gebracht werden, daß einer von ihnen gegen den anderen oder die anderen auf Anerkennung seines besseren Rechts klagend auftritt[7].

γ. Zulässigkeit der Uebertragung*.

§ 335.

1. Die Uebertragung ist nicht zulässig bei allen Forderungen. Unzulässig ist sie:

a) bei denjenigen Forderungen, deren Erfüllung nur in der Person dieses bestimmten Gläubigers möglich ist. Aus diesem Grunde sind unübertragbar die Forderungen auf Genugthuung[1].[2] Setzt die

---

Schuldner gegen die Klage des Gläubigers vertreten hätte. S. auch Kühne Jahrb. f. Dogm. XVII S. 26 fg. Seuff. Arch. XXXV. 111.

[5] Bähr S. 477 gibt auch in diesem Falle dem Beweisfreien den in der vorigen Note erwähnten Vorzug.

[6] Für diesen Fall, glaube ich, darf der von Bähr hervorgehobene Gesichtspunkt verwerthet werden. Die Quellen geben in diesem Fall dem Schuldner die Wahl (l. 8 § 3 D. de leg. II° 31); jedoch offenbar nur deßwegen, weil zur Bevorzugung des einen Prätendenten vor dem anderen kein Grund vorhanden sei. Es ist aber ein großer Unterschied, ob man der Beweisfreiheit die Kraft zuschreibt, das gleiche Recht des Gegners zu überwinden, oder die Kraft, dem Gegner ein Recht zu nehmen, welches ihm an und für sich zusteht. S. auch Kühne Jahrb. f. Dogm. XVII S. 24 fg. A. M. Kniep Mora I S. 225.

[7] S. I § 45 Note 8 und Bähr § 21, Schmid II S. 371 fg. Seuff. Arch. XXI. 270, XXII. 3, XXVIII. 216, XXXV. 89. Entsch. d. RG. VII S. 418. Vgl. Goldschmidt Handelsrecht I § 73 Note 11, Degenkolb Einlassungszwang S. 229. S. auch CPO. §. 72. [Vgl. Bekker Pand. I S. 149.].

* Mühlenbruch § 22—34, Puchta S. 463—472, Schmid II S. 280 fg.; Vangerow III § 574 Anm. 2, Sintenis S. 797—805, Holzschuher III § 222. Attenhofer Zeitschr. für Schweiz. R. N. F. IV S. 185 fg. [V S. 252 fg. VI S. 339 fg. (1885. 1886. 1887)].

[1] Die s. g. actiones vindictam spirantes. Genugthuung kann nur demjenigen geleistet werden, welcher eine Kränkung erlitten hat. Insofern die Genugthuung durch eine Vermögensleistung von Seiten des Verpflichteten beschafft werden soll, steht doch die Vermögensleistung erst in zweiter Linie; nicht sie ist der eigentliche Gegenstand des Forderungsrechts, sondern eben die durch sie dem Berechtigten zu gewährende Genugthuung. Deßwegen rechnet das römische Recht die actiones quae vindictam continent auch in anderen Beziehungen nicht zum Vermögen. L. 28 D. de iniur. 47. 10; l. 8 pr. D. de inoff. test. 5. 2, l. 2 § 4 D. de collat. 37. 6, l. 1 § 8 D. si quid in fr. patr. 38. 5, l. 13 pr. D. de iniur. 47. 10. § 335.

[2] Ueber die einzelnen hierher gehörigen Fälle s. § 359 Note 6, und über

Leistung ein Verhältniß des Gläubigers voraus, welches seinerseits übertragbar ist, so kann mit diesem Verhältniß auch die Forderung übertragen werden; so die Forderung auf Bestellung einer Grunddienstbarkeit mit dem Eigenthumsrecht an dem Grundstücke, für welches die Grunddienstbarkeit bestellt werden soll[3].

b) Unzulässig ist die Uebertragung bei denjenigen Forderungen, deren Erfüllung in der Person eines Andern nur mit einer dem Schuldner nachtheiligen Veränderung des Leistungsinhaltes möglich ist[4].

c) Auch wenn weder das Eine noch das Andere der Fall ist, kann doch das Forderungsrecht möglicherweise von der Art sein, daß ihm nur genügt wird, wenn genau dieser Person geleistet wird. Entscheidend hierfür ist der Wille der die Forderung begründenden Person, bez. des Rechtssatzes, auf welchem sie beruht[5]. Aus diesem Grunde ist namentlich[5a] unübertragbar die Forderung auf Alimen-

---

das Ganze Mühlenbruch S. 292—302. S. auch Seuff. Arch. XXXVIII. 223. 224. A. M. Schmid II S. 288 fg.

[3] Mühlenbruch § 28 i. A.

[4] Der Ausdruck des Textes ist der Kürze zu Liebe nicht ganz genau. Eine Aenderung des Leistungsinhaltes ist mit der Aenderung der Person des Empfängers immer verbunden (§ 329 Note 2). Es ist also gemeint eine Aenderung des Leistungsinhalts, welche auch abgesehen davon stattfindet, daß es ein Anderer ist, welchem die Leistung gemacht wird. So wird z. B. bei der Forderung auf Bestellung einer persönlichen Dienstbarkeit durch die Aenderung des Gläubigers die Zeitdauer, für welche die Dienstbarkeit zu bestellen ist, geändert.

[5] Es wird z. B. im Vertrage ausgemacht, daß der Schuldner nur verpflichtet sein solle, diesem bestimmten Gläubiger zu leisten. A. M. Seuff. Arch. V. 11, XXXVI. 271 (vgl. auch XXX. 136) und L. Seuffert Arch. f. civ. Pr. LI S. 102 fg. Der letztgenannte Schriftsteller beruft sich darauf, daß auch bei körperlichen Sachen ein vertragsmäßiges Veräußerungsverbot nicht Nichtigkeit der Veräußerung begründe (I § 172a Note 8). Aber es ist nicht zutreffend, hier von einem Veräußerungsverbot zu reden. Es wird nicht zuerst die Forderung als eine an und für sich veräußerliche geschaffen und dann eine neue Bestimmung getroffen, welche ihr diese Eigenschaft nehmen soll; sondern es wird von vorn herein der Macht des Gläubigers die Grenze gesetzt, daß nur er von dem Schuldner Leistung soll fordern dürfen. Für die Gültigkeit des pactum de non cedendo (auch im Verhältniß von Cessionar und Schuldner): Regelsberger Arch. f. civ. Pr. LXIII S. 161, Stegemann das. LXVII S. 315 fg., Brunner in Endemann's Handb. des Handelsr. II S. 179, [Attenhofer a. a. O. V S. 269 fg. (aber mit ausdrücklicher Beschränkung auf den bei Begründung der Forderung abgeschlossenen Vertrag und exc. doli bei Kenntniß des Cessionars vorbehalten)]. Seuff. Arch. XXXIX. 96, XL. 192 (RG.), vgl. auch XXXI. 251 (der Erblasser verbietet die Veräußerung einer von ihm durch Vermächtniß begründeten Forderung).

[5a] Unübertragbarkeit des Forderungsrechts aus dem pactum de mutuo dando: Seuff. Arch. XIX. 35, XXV. 19, Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1866 N. 86. Aus dem pactum de contrahendo überhaupt? Göppert

tation[6].[7] Geht der die Forderung begründende Wille darauf, daß nur einer Person, die eine gewisse Eigenschaft hat, oder die in einem gewissen Verhältniß steht, geleistet werden soll, so ist die Uebertragung nur an solche Personen zulässig, bei welchen diese Eigenschaft oder dieses Verhältniß zutrifft[8].

d) Die Uebertragung der Forderung kann durch richterliche Verfügung verboten werden[9].

e) Eine Reihe von Uebertragungsverboten sind durch die Gesetzgebung des neuen deutschen Reichs aufgestellt worden; die hauptsächlichsten Gesetze sind in der Note [9a] genannt.

Bei den hier nicht genannten Forderungen ist die Uebertragung zulässig. Namentlich ist sie zulässig[9b] bei Forderungen, welche auf

---

krit. VJSchr. XIV. S. 423 fg., Regelsberger in Endemann's Handb. d. Handelsr. II S. 420 Ziff. 6, [Degenkolb Arch. f. civ. Pr. LXXI S. 78, Attenhofer Zeitschr. f. Schweiz. R. N. F. VIII S. 342 fg.] Seuff. Arch. IV. 47, VII. 181, XVII. 92. 244, [XLV. 79].

[6] Die Forderung auf Alimentation geht darauf, daß diese bestimmte Person, Kind, Vater ꝛc. ꝛc. ernährt ꝛc. ꝛc. werde. Würde die Forderung übertragen, so wäre es zwar möglich, daß der zu Alimentirende in dem für die Abtretung erhaltenen Entgelt seinen Unterhalt dennoch hätte; aber nothwendig ist dieß nicht. Anders wird zu entscheiden sein, wenn die Forderung nicht sowohl auf Alimentation, als auf eine fixirte Leistung geht, welche zur Alimentation dienen soll. Die Leistung genießt der Berechtigte auch dadurch, daß er das Forderungsrecht durch Uebertragung zu seinen Zwecken verwerthet; der Zweck aber, welcher mit der Leistung erreicht werden soll, gehört nicht zum Inhalt der Leistung. Die Meinungen sind hier jedoch verschieden. Mühlenbruch S. 329, Puchta S. 466, Sintenis S. 799, Schmid II S. 287, Schanze Arch. f. civ. Pr. LXIX S. 243 fg. 259 fg. [Attenhofer a. a. O. VI S. 370 fg.] Seuff. Arch. XXI 132, XXVIII. 23, XXXI. 45. Entsch. d. RG. IV S. 144 (= Seuff. Arch. XXXVII. 18.)

[7] Ein anderes Beispiel gewähren die operae officiales des römischen libertus. L. 9 § 1 D. de op. lib. 38. 1. Mühlenbruch S. 304. Ferner das Retractrecht. Mühlenbruch S. 323 fg., Schmid II S. 287.

[8] Sintenis S. 800 Note 32.

[9] CPO. § 730. S. aber auch Hellwig Verpfändung und Pfändung von Forderungen S. 136.

[9a] Reichsgesetz betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohns vom 21. Juni 1869 § 2. Reichsgesetz betr. die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten vom 31. März 1873 § 6. Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 45. Reichsgesetz betr. die eingeschriebenen Hülfskassen vom 7. April 1876 § 10. [Reichsgesetz betr. die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15. Juni 1883 § 56. Reichs-Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884 § 68. Reichsgesetz betr. die Invaliditäts- und Altersversicherung vom 22. Juni 1889 § 40.] Vgl. Mandry S. 233 fg. (3. Aufl. S. 208 fg.).

[9b] Ueber die Cession von Forderungen, welche im Streit befangen sind, s. I § 125 Ziff. 1. Aus der Zeit vor der CPO.: Seuffert Pand. § 299 Note 8. Arch. V. 9. 10, XI. 135, XII. 89, XIV. 251, XV. 217, XXI. 121, XXX. 19. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1866 S. 82. — In dem Verbot

einem persönlichen Privilegium des Gläubigers beruhen[10]; bei bedingten[11], befristeten und zukünftigen[12] Forderungen; bei Forderungen auf einen zusammengesetzten Leistungsinhalt (§ 252 Ziff. 3), wenn dieser Inhalt sich auch erst im Laufe der Zeit entwickelt[13]; bei Forderungen aus gegenseitigen Verträgen und aus Thatsachen, aus welchen dem Schuldner ein möglicher Gegenanspruch erwächst[14]; bei accessorischen

---

der Pfändung (CPO. § 749) liegt ein Verbot der Cession nicht. Entsch. d. RG. IV S. 143 (= Seuff. Arch. XXXVII. 17).

[10] So kann z. B. der Minderjährige sein Recht auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand übertragen. L. 24 pr. D. de min. 4. 4. S. jedoch auch Sintenis S. 801 Note 38.

[11] L. 3 C. de donat. 8. 53 [54], l. 43 D. mand. 17. 1. Vgl. Schlesinger über die Unzulässigkeit der Beschlagnahme des noch nicht verdienten Lohnes (Leipzig 1869) § 7. Dieser Schriftsteller bemerkt mit Recht, daß die Stellen, welche sonst noch hier angezogen zu werden pflegen (l. 17. 19 D. h. t. 18. 4, l. 45 § 1 l. 73 § 1 ad leg. Falc. 35. 2) nur die Gültigkeit des über eine bedingte Forderung abgeschlossenen Kaufgeschäftes beweisen. Forderung aus einem bedingten Vermächtniß: I § 189 Note 10.

[12] Bei zukünftigen Forderungen — d. h. bei Forderungen, für welche noch nicht einmal der Grund gelegt ist (I § 225 Note 6). Doch läßt sich für diesen Satz kein zwingender Beweis beibringen. Das beste Argument für denselben ist die Zulässigkeit der Verpfändung des künftigen Vermögens (l. 9 C. quae res pign. 8. 16 [17]), also auch der zukünftig zu erwerbenden Forderungen. L. 3 C. de don. 8. 53 [54] („Spem futurae actionis . . . posse transferri, non immerito placuit") kann sehr wohl von einer bedingten Forderung verstanden werden (§ 4 I. de V. O. 3. 15); l. 11 D. h. t. 18. 4 handelt nicht von einer zukünftigen Erbschaft. Mühlenbruch S. 259—262, Schmid II S. 484, Schlesinger a. a. O. S. 20 fg., Attenhofer IV S. 223 fg.

[13] So kann übertragen werden z. B. die Forderung des Auftraggebers des Gesellschafters ꝛc. ꝛc. d. h. die Forderung auf Alles, was der Auftraggeber oder Gesellschafter auf Grund des Auftrags- oder Gesellschaftsvertrags jetzt zu fordern hat oder später zu fordern haben wird. Dadurch wird freilich der Erwerber nicht Auftraggeber oder Gesellschafter, und namentlich gehen auch nicht die Verpflichtungen des Uebertragenden auf ihn über. Vgl. Mühlenbruch S. 307, Puchta S. 464, Regelsberger Studien im bayer. Hypothekenrecht S. 28 fg. [Attenhofer VI S. 362 fg.] Seuff. Arch. V. 125, XXXI. 133. 134, XXXIV. 109.

[14] Eine actio contraria. Vgl. § 320. Aber durch die Uebertragung wird der Schuldner nicht der Einrede verlustig, welche ihm aus der nicht gemachten Gegenleistung oder aus der Nichtbefriedigung seines Gegenanspruchs erwachsen ist. Seuff. Arch. I. 28, V. 125, VIII. 35, XI. 32. 225, XIII. 89, XXX. 18, XXXIV. 109, vgl. XIV. 225. Entsch. d. RG. XIII S. 11. — Daraus, in Verbindung mit dem in der vorigen Note Gesagten, folgt, daß namentlich auch die Forderungen aus dem Pacht- und Miethcontract übertragen werden können. Glück XVIII S. 27 fg., Cropp in Heise und Cropp jur. Abhandlungen II Nr. 10, Schmid II S. 314 fg., vgl. Mommsen Erörterungen I S. 136 in der Note, Regelsberger a. a. O. (Note 12) S. 29; a. M. Mühlenbruch S. 310 fg. und die bei Glück XVIII S. 28 Citirten. [Attenhofer VI S. 340 fg.] Seuff. Arch. XVI. 209, XXVI. 235. — Schlesinger a. a. O. (Note 11) ist zwar im Princip mit dem hier Gesagten einverstanden, glaubt aber, daß die Denuntiation an den Schuldner wirksam nur unter sofortiger Oblation der Gegenleistung ge-

Forderungen[15]. Auch das einer natürlichen Verbindlichkeit entsprechende Recht kann übertragen werden[16].[17]

2. Die Uebertragung ist nicht zulässig an alle Personen.

a) Sie ist nicht zulässig an einen Mächtigeren[18], d. h. an eine Person, welcher gegenüber dem Schuldner die Vertheidigung erschwert oder geschmälert ist. Jedoch ist bei diesem Verbot vorausgesetzt, daß die Uebertragung in der Absicht geschieht, den Schuldner zu drücken[19]. Die Folge der Uebertretung des Verbots ist nicht bloß Nichtigkeit der Uebertragung, sondern auch Verlust der Forderung für den Gläubiger und Befreiung des Schuldners[20].

---

schehen könne. Dagegen mit Recht Goldschmidt Zeitschr. für Handelsr. XIII S. 648 fg., Attenhofer IV S. 192 fg.

[15] Vgl. über die verschiedenen Meinungen Mühlenbruch § 28, Puchta S. 467, Vangerow III S. 119 (7. Aufl. S. 108), Sintenis S. 801, Attenhofer IV S. 246 fg. [Entsch. d. RG. XV S. 279 (Preuß. Sache).]

[16] Vgl. l. 41 [40] pr. l. 66 [64] pr. D. ad SC. Treb. 36. 1. Mühlenbruch S. 252 fg. Ein besonderer Aufsatz über diese Frage: d'Avis und Arndts in Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. X S. 114 fg. A. M. Schwanert Naturalobligationen S. 176 fg., Schmid I S. 54 fg. Man nimmt aber das Compensationsrecht aus; dieses soll auf den Erwerber nicht übergehen. Ich halte das nicht für richtig; jedenfalls muß man, wenn man diese Ausnahme macht, sie auch auf den Fall erstrecken, wo der Schuldner nach der Uebertragung eine Forderung gegen den Cessionar erwirbt, an welchen Fall man nicht zu denken scheint. Nur wenn die Uebertragung böswilligerweise zu dem Ende geschieht, um den Schuldner zu benachtheiligen, wird man m. E. dem Cessionar das Compensationsrecht absprechen dürfen. Eine mittlere Meinung deutet auch Vangerow § 574 Anm. 2 z. A. an („in der Regel"). Uebrigens ist diese Frage nach dem in § 289 Ausgeführten für das heutige gemeine Recht unpraktisch.

[17] Ueber die Uebertragung von Correalforderungen: Fritz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIX S. 63 fg., Attenhofer IV S. 216 fg. Alternative Obligation bei Wahlrecht des Gläubigers: Mühlenbruch S. 264 fg., Attenhofer S. 229 fg.

[18] An einen potentior. L. 2 C. ne liceat potent. 2. 13 [14], vgl. c. 2 X. de al. iud. mut. 1. 42. Pfeiffer praktische Ausführungen IV S. 96 fg. (1836). Mühlenbruch § 30, Puchta S. 470, Fritz Erläuter. II S. 213 fg., Vangerow III S. 120—122 (7. Aufl. S. 109—111), Sintenis II S. 802 Anm. 40.

[19] Dieß geht hervor aus dem Schluß der gesetzlichen Bestimmung („aperta enim credentium videtur esse voracitas, qui alios actionum suarum redimunt exactores"), aber auch schon daraus, daß auf die Uebertretung der Vorschrift eine Strafe gesetzt wird („debiti creditores iactura mulctentur"). Andere verlangen Arglist des Uebertragenden nicht. S. die bei Mühlenbruch S. 371 Note 284 Genannten. Mühlenbruch (und mit ihm Fritz und Pfeiffer) läßt die Strafe des Gesetzes nicht einmal bei Arglist eintreten, sondern versteht das Gesetz nur von dem Fall des Vorschiebens eines beschwerlicheren Gegners durch simulirte Uebertragung. S. dagegen Vangerow a. a. O. — Unter den heutigen Verhältnissen hat das Verbot sehr an Bedeutung verloren. Sintenis a. a. O. leugnet seine Anwendbarkeit ganz. Vorausgesetzt wird seine Anwendbarkeit in dem Urtheil des OAG. zu Lübeck bei Kierulff Entscheidungen 2c. 2c. 1866 S. 82. Vgl. auch Holzschuher III § 221 Nr. 3. b.

b) Verboten ist ferner die Uebertragung einer Forderung gegen den Bevormundeten an den Vormund, und selbst an den gewesenen Vormund die Uebertragung einer Forderung, welche bereits zur Zeit der Vormundschaft bestanden hat[21], ebenfalls bei Strafe des Verlustes der Forderung zu Gunsten des Schuldners[22]. —

Wenn einem Kinde in väterlicher Gewalt eine Forderung gegen den Vater übertragen wird, und der Entgelt wird aus dem Vermögen des Vaters genommen, so bleibt nur eine natürliche Verbindlichkeit bestehen (§ 289 Ziff. 6)[23].

δ. Rechtsverhältnisse zwischen Gläubiger und Erwerber.

§ 336.

Der bisherige Gläubiger ist verpflichtet, dem Erwerber die in seinen Händen befindlichen Beweismittel — wenn die Uebertragung auf seiner Willenserklärung beruht, die zur Verfolgung der Forderung nöthigen Beweismittel einzuhändigen[1]. Was der Gläubiger nach der Uebertragung von der Forderung einzieht, muß er dem Erwerber herausgeben[2]. Auf die Frage, wie weit der Gläubiger dem Erwerber

[20] Andere lassen die Forderung an den Fiscus fallen. Mühlenbruch S. 377. Bleibt eine natürliche Verbindlichkeit übrig? S. darüber § 289 Note 22, Schwanert Naturalobligationen S. 476. — Nach demselben Gesichtspunkt und mit denselben Folgen war früher auch verboten die Uebertragung einer Forderung, welche einem Juden gegen einen Christen zustand, an einen Christen. Dieß ist gegenwärtig durch die Gesetzgebung des neuen deutschen Reiches beseitigt. S. I § 55. R. A. 1551 § 79, R. P. O. 1577 Tit. 20 § 4. Mühlenbruch § 34, Puchta S. 471, Vangerow III S. 123 (7. Aufl. S. 112), Sintenis II S. 804, Holzschuher III § 221 Nr. 3. a, Stobbe § 46 Nr. IX.

[21] Nov. 72 c. 5. Mühlenbruch § 32, Puchta S. 468, Vangerow III S. 122 (7. Aufl. S. 111), Sintenis II S. 803. Seuff. Arch. IX. 23, XIX. 36.

[22] — „et lucrum fieri adolescentis". S. § 289 Note 22, Mühlenbruch S. 392, Puchta S. 469, Schwanert Naturaloblig. S. 478.

[23] L. 7 D. de O. et A. 44. 7. „Actiones adversus patrem filio praestari non possunt, dum in potestate eius est filius". Auszunehmen ist, auch im Sinne dieser Stelle, der Erwerb aus dem castrensischen Peculium, im Sinne der Compilatoren der aus dem adventicischen. Vgl. § 289 Note 27, und über die verschiedenen Meinungen Mühlenbruch § 33, Puchta S. 465, Vangerow III S. 118 (7. Aufl. S. 108), Sintenis II S. 799.

§ 336. [1] Der Erklärung, daß eine Forderung übertragen sein solle, wird nicht genügt, wenn der Erwerber nicht auch in den Stand gesetzt wird, die Uebertragung zu beweisen. Wenn das Gesetz oder der Richter eine Forderung übertragen, so wollen sie ebenso sehr, daß auf den Erwerber die in den Händen des Gläubigers befindlichen Beweismittel übergehen sollen, als sie den Uebergang der Forderung selbst wollen. Vgl. Mühlenbruch S. 621, Puchta S. 480, Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 481. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1866 S. 426. Seuff. Arch. XXX. 242, XXXIV. 294.

[2] Denn es ist in sein Vermögen, wenn auch auf formell gerechtfertigtem

hafte, ob bloß für juristische Existenz, oder auch für factische Realisirbarkeit der Forderung, läßt sich aus der bloßen Thatsache der Uebertragung eine Antwort nicht geben; es kommt auf das der Uebertragung zu Grunde liegende Rechtsverhältniß an[3].

ε. Uebertragung dinglicher Ansprüche*.

§ 337.

Wie Forderungen (obligatorische Ansprüche), so können auch die aus der Verletzung dinglicher Rechte entstehenden Leistungsansprüche

Wege, doch materiell ungerechtfertigt gekommen; es ist also, wenn nicht ein Anspruch aus dem der Cession zu Grunde liegenden Rechtsverhältniß (l. 23 § 1 D. h. t. 18. 4), jedenfalls die condictio sine causa begründet. Vgl. l. 39 D. de stip. serv. 45. 3, l. 31 § 1 D. de R. C. 12. 1, l. 23 eod., l. ult. D. de neg. gest. 3. 5, l. 1 C. de reb. al. non alien. 4. 51 (§ 422 Note 4). Das Gleiche gilt, wenn ein zweiter Cessionar die Forderung einzieht. Vgl. Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 117, Bähr das. S. 439 fg. Nimmt man an (oder schreibt das Landesrecht vor), daß die Forderung durch die Cession als solche (ohne Denuntiation) übergeht, so gilt das Gesagte nur für den Fall, daß der Schuldner ohne Kenntniß der Cession geleistet hat; denn sonst hat der Cessionar seine Forderung nicht verloren.

[3] Dieser handgreiflich richtige Satz ist namentlich geltend gemacht und mit Sorgfalt durchgeführt worden in der Schrift von Schliemann: die Haftung des Cedenten (1848, 2. Ausg. 1850). Früher lehrte man als Regel, daß der Cedent für juristische Existenz (de veritate nominis), nicht aber für factische Realisirbarkeit (de bonitate) hafte, indem man verallgemeinerte, was l. 4. 5 D. h. t. 18. 4, l. 74 § 3 D. de evict. 21. 2 für den Fall des Forderungskaufes sagen. Auf diesem Standpunkte stehen noch (mehr oder minder) Mühlenbruch § 64, Puchta S. 481, Sintenis S. 809 (welcher die Schrift von Schliemann nicht zu kennen scheint). Beispiele: 1) der Verkäufer haftet für Existenz, nicht für Realisirbarkeit (s. die citirten Stellen); 2) der Verwalter fremden Vermögens, welcher das herauszugebende Vermögen in Forderungen angelegt herausgibt, haftet für Beides; 3) der Schenker haftet für keines von Beiden (l. 18 § 3 D. de don. 39. 5). Vgl. Seuffert Pand. § 300 von Note 4 an, Brinz 2. Aufl. II S. 404 fg. Seuff. Arch. XI. 62. — Was gehört zur bonitas nominis? Seuff. Arch. V. 149, XIII. 20, XXXVII. 304. [Attenhofer Zeitschr. für Schweiz. R. N. F. IX S. 311 fg.] — Der Cessionar hat einen Anspruch nur gegen den Cedenten, nicht auch gegen den Cedenten des Cedenten. Seuff. Arch. IV. 26, XXIV. 199, XXV. 104, XXVIII. 218, XXXV. 19. Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern XXXV S. 305 fg. XLII S. 225 fg. [Attenhofer a. a. O. S. 314 fg.] — S. noch Entsch. d. RG. VIII S. 107 (= Seuff. Arch. XXXVIII. 225).

* Vgl. über diese bis dahin vernachlässigte Lehre (ungenügend Mühlenbruch S. 18. 247 fg. 507) namentlich den Aufsatz von Jhering Jahrb. d. Dogm. I S. 101 fg. (1857). Dazu Windscheid die Actio rc. § 22, Zimmermann Zeitschr. für Civ. und Pr. N. F. XV S. 102 fg., Bekker Jahrb. für gem. R. IV S. 205 fg., Sintenis II § 128 Anm. 26, v. Schey Grünhut's Zeitschr. VIII S. 127 fg. Ferner Schmid II S. 328 fg., Goldschmidt Handelsr. I S. 706. 707, Attenhofer (§ 335 Note *) IV S. 232 fg. Vgl. auch Kohler Patentrecht S. 472 fg. Seuff. Arch. XXII, 229.

übertragen werden[1]. Dafür gelten analoge Grundsätze, wie für die Uebertragung obligatorischer Ansprüche.

1. Die Uebertragung kann beruhen auf Willenserklärung des Berechtigten, richterlicher Verfügung, gesetzlicher Vorschrift[2].

2. Die Uebertragung macht den Erwerber sofort zum Anspruchsberechtigten[3], der bisherige Anspruchsberechtigte wird aber erst durch Ergreifung des Anspruchs von Seiten des Erwerbers dem Verpflichteten gegenüber (Anzeige) ausgeschlossen[4].

3. Den Gegenstand der Uebertragung kann nicht bloß ein gegenwärtig bestehender, sondern auch ein künftig entstehender Anspruch bilden. Die Uebertragung kann auch auf alle künftig entstehenden Ansprüche gerichtet werden. Im Besonderen kann der Eigenthümer seine Ansprüche, wie gegen den gegenwärtigen, so auch gegen alle zukünftigen Besitzer abtreten[4a]. Ueber die Frage, ob in diesem Fall der Erwerber auch gegen den Eigenthümer selbst auftreten kann, wenn dieser den Besitz erlangt, s. die Note [5].

---

§ 337. [1] Die Quellen sprechen davon in folgenden Anwendungen: 1) Uebertragung der rei vindicatio an denjenigen, welcher die Sache herausgeben soll aber nicht kann, und dafür Schadensersatz geben muß (l. 63 D. de R. V. 6. 1, l. 25 § 8 loc. 19. 2, l. 12 D. de re iud. 42. 1); 2) Uebertragung der rei vindicatio an denjenigen, welchem das Eigenthum der Sache verschafft werden soll, der aber, weil der Gegner ohne seine Schuld die Sache nicht mehr hat, weder die Sache selbst noch Schadensersatz erhält (l. 21 D. de R. V. 6. 1, § 3 I. de emt. et vend. 3. 23, l. 35 § 4 D. de contr. emt. 18. 1, l. 14 pr. D. de furt. 47. 2, l. 39 D. de don. i. v. e. u. 24. 1); 3) Verkauf der actio in rem, l. 9 C. h. t. 4. 39. Vgl. auch Seuff. Arch. XXXII. 236.

[2] Ein Fall gesetzlicher Uebertragung in l. 63 D. de R. V. 6. 1: „cum tamen praetor auxilium quandoque laturus sit". — Nicht hierher gehören die Fälle, wo die dem Nichteigenthümer gegebene rei vindicatio utilis der römische Ausdruck des übergegangenen Eigenthumsrechts oder nur eine andere Form eines obligatorischen Anspruchs ist. S. I § 174 Note 9. — L. 19 § 4 C. de usur. 4. 32 („contra ipsas pecunias")? Kohler Jahrb. f. Dogm. XVII S. 319 fg.

[3] Unrichtig Windscheid die Actio ꝛc. S. 220; s. § 331 Note 8.

[4] Dieß leugnet Ihering a. a. O. S. 111 fg.; er will das Recht der Denuntiation auf die Cession dinglicher Ansprüche nicht übertragen wissen. Dagegen Windscheid S. 220, Bekker S. 208, Sintenis a. a. O., Goldschmidt S. 707 Note 21, Attenhofer S. 237 fg. S. auch Zimmermann S. 111. Seuff. Arch. XXVI. 25.

[4a] Seuff. Arch. XXXVI. 25 (RG.).

[5] Für die Verneinung der Frage Ihering S. 110, Exner Tradition S. 193 fg., [G. A. Leist die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien (1889) S. 29 fg.]; für die Bejahung Bekker S. 207, Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 444, Zimmermann S. 109, Schmid S. 329 fg., Dernburg I § 225 Note 2, [Kohler Grünhut's Zeitschr. XIV S. 12]. Ich selbst habe mich in den früheren Auflagen für die Bejahung ausgesprochen, bin aber jetzt sehr zweifelhaft. Steht nicht das Axiom entgegen, daß Niemand übertragen kann, was er selbst nicht hat? Die Entscheidung in l. 63 de R. V. 6. 1: „ipso quo-

4. Der Erwerber des dinglichen Anspruchs erwirbt nicht das dingliche Recht[6]; dieses bleibt bei dem bisherigen Anspruchsberechtigten[7]. Verliert der Letztere das dingliche Recht, so geht damit auch der auf den Erwerber übergegangene dingliche Anspruch unter[8]. Jedoch müssen die Rechtsnachfolger des Uebertragenden, und nicht bloß seine Gesammtnachfolger, die von ihm vollzogene Uebertragung gegen sich gelten lassen, seine Gesammtnachfolger unbedingt, seine Sondernachfolger mit der in der Note [9] bezeichneten Maßgabe.

b. Sondernachfolge in die Schuld *.

§ 338.

Das römische Recht hat eine Sondernachfolge in die passive Seite der Obligation ebensowenig anerkannt, wie es dieß in Betreff der

que, qui litis aestimationem perceperit, possidente, debet adiuvari" wird nicht auf die cessio actionis gegründet. Jedenfalls aber hat der Erwerber aus einer Uebertragung, die gemacht ist, um ihm ein Abforderungsrecht gegen alle Besitzer zu geben, gegen den Uebertragenden einen persönlichen Anspruch.

[6] Es kann ihm jedoch der Anspruch zu dem Ende abgetreten sein, damit er durch Erlangung des Besitzes das Recht erwerbe. Ihering S. 119. Seuff. Arch. XXVII. 19.

[7] Der obligatorische Anspruch erschöpft das obligatorische Recht; ist er von dem bisherigen Gläubiger auf den neuen Erwerber übergegangen, so ist in der That der Letztere Gläubiger geworden, und Jener hat aufgehört, es zu sein. Dagegen geht das dingliche Recht in dem aus seiner Verletzung entstandenen Leistungsanspruch nicht auf.

[8] Dieß habe ich früher geleugnet (die Actio ꝛc. S. 221). Aber der aus der Verletzung des dinglichen Rechts entstandene Leistungsanspruch ist doch immer nur eine Erscheinungsform des Rechts, und steht und fällt daher mit demselben. Wenn das römische Recht bei dem obligatorischen Anspruch das Gegentheil annahm, so hatte dieß seinen Grund darin, daß es dem Cedenten nicht sowohl das Recht ließ, als den nackten Namen des Rechts. Vgl. Ihering S. 112.

[9] Es ist zu unterscheiden, ob der dingliche Anspruch zum Zweck des Erwerbes des dinglichen Rechts abgetreten ist (Note 6), oder nicht. Im ersten Fall haftet der Sondernachfolger unbedingt, nach Analogie der s. g. exceptio rei venditae et traditae (I § 197), im zweiten Fall haftet er nur, wenn seine Rechtsnachfolge auf wohlthätigem Titel beruht, ebenso der Pfandgläubiger, l. 4 § 27—31 D. de doli exc. 44. 4. Schmid S. 332 läßt den Rechtsnachfolger immer nur in der zuletzt gedachten Weise, Ihering S. 110 gar nicht, Bekker S. 207 unt. unbedingt haften. Wie Schmid Goldschmidt Note 20.

* Ueber diese Lehre ist vor Allem zu vergleichen die höchst verdienstliche Schrift von Delbrück: die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preußischem Recht (1853); s. darüber Windscheid krit. Ueberschau I S. 27 fg. und Hinrichs in der Kieler Allg. Monatsschrift Jahrg. 1853 S. 685 fg. Ferner: Kuntze die Obligation ꝛc. S. 301 fg. (1856). Windscheid die Actio ꝛc. § 21 (1865). Busch Verträge zu Gunsten Dritter § 18—24 (1860). Bähr Jahrb. f. Dogm. VI S. 170 fg. (1863). Zaun Arch. f. prakt. RW. N. F. I S. 113—131 (1864). v. Salpius Novation und Delegation § 55. 56. 67—69. 80 (1864). Gürgens Jahrb. f. Dogm. VIII S. 221 fg. (1866). Unger Jahrb. f. Dogm. X

activen Seite gethan hat. Auch auf dem Wege der Uebertragung der actio hat es den Schuldübergang nur in solchen Fällen ermöglicht, wo derselbe von einer gesetzlichen Regel gefordert wird[1]. Dagegen hat es nicht anerkannt, daß durch Vertrag die actio von einem Schuldner auf den andern übertragen werden könne[2]. So kann nach römischem Recht durch Vertrag ein Wechsel in der Person des Schuldners nur in der Weise bewerkstelligt werden, daß an die Stelle der vorhandenen Obligation eine neue gesetzt wird (Novation).

Weiter geht das heutige Recht. Das heutige Recht erkennt an, daß durch Vertrag an die Stelle des bisherigen Schuldners ein anderer Schuldner auch unter Aufrechterhaltung der Identität der Obligation gesetzt werden könne[3]. Dieser Vertrag kann von dem neu

S. 87 fg. (1870). Gareis Verträge zu Gunsten Dritter S. 289 fg. (1873). Regelsberger in Endemann's Handb. d. Handelsr. II S. 532 fg. (1882). Bähr Urtheile des Reichsger. S. 86 fg. (1883). Regelsberger Arch. f. civ. Pr. LXVII S. 24 fg. (1884). Bähr das. S. 176 fg. (1884). Menzel in Grünhut's Zeitschr. XI S. 581 fg. 655 fg. (1884). [Hasenöhrl Oesterr. Obligationenrecht II § 77. 78 (1886). Unger Schuldübernahme (1889). Adler Arch. für bürg. R. III S. 1 fg. (1889).] Arndts § 254 Anm. 7, Rudorff in der 10. Aufl. von Puchta's Pandekten § 285a, Sintenis II § 102 Anm. 132, [Dernburg II § 53]. S. auch die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Beseler § 118 (3. Aufl. § 100), Bluntschli § 110, Stobbe III § 181.

§ 338. [1] Beispiele: l. 61 D. de proc. 3. 3, l. 4 pr. D. de re iud. 42. 1; l. 1 C. quando ex facto tut. 5. 39, l. 8 D. eod. 26. 9.

[2] Es stand nichts im Wege, daß der Schuldner dem Gläubiger einen procurator in rem suam gegenüberstellte, in gleicher Weise, wie der Gläubiger dem Schuldner einen procurator in rem suam gegenüberstellen konnte. Aber aus dem Vertrage, durch welchen Jemand die gegen den Schuldner begründete actio als procurator in rem suam übernahm, erwuchs nicht in gleicher Weise für ihn eine Verpflichtung dem Gläubiger gegenüber, wie aus der Bestellung eines procurator in rem suam durch den Gläubiger für den procurator ein Recht (actio utilis) gegen den Schuldner erwuchs. Ebensowenig, wie durch das mandatum actionis, wurde durch eine in anderer Form gemachte Schuldübernahme eine utilis actio gegen den Uebernehmer begründet. L. 2 C. h. t. 4. 39. „Ratio iuris postulat, ut creditoribus hereditariis et legatariis seu fideicommissariis te convenire volentibus tu respondeas, et cum eo, cui hereditatem venumdedisti, tu experiaris suo ordine . . . Quamvis enim ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciat, excipere tamen actiones hereditarias invitus cogi non potest". Ebenso l. 26 C. de pact. 2. 3, l. 22 C. de don. 8. 53 [54], l. 28 D. eod. 39. 5, l. 72 pr. D. de I. D. 23. 3. Natürlich blieb der Schuldner in gleicher Weise verhaftet, wie der Uebernehmer nicht verpflichtet wurde. S. übrigens auch l. 2 C. de pactis 2. 3. „Post venditionem hereditatis a te factam, si creditores contra emtores actiones suas movisse probare poteris, eosque eas spontanea voluntate suscepisse, exceptione taciti pacti non inutiliter defenderis". Vgl. Delbrück S. 121—127, Windscheid Actio S. 204—208, Avenarius der Erbschaftskauf im röm. R. S. 91 fg.

[3] Wenn der Wille der Parteien wirklich darauf gerichtet ist, daß die bestehende Obligation übergehen, nicht eine neue geschaffen werden solle, so ist nicht

eintretenden Schuldner mit dem Gläubiger[3a] oder mit dem alten Schuldner abgeschlossen werden. Im letzten Fall bedarf er zu seiner Gültigkeit der Zustimmung des Gläubigers, in dessen Interessen durch die Schuldübernahme in ganz anderer Weise eingegriffen wird, als durch die Forderungsübertragung in die Interessen des Schuldners[4]. Diese Zustimmung kann ausdrücklich oder stillschweigend[5], sie kann gleichzeitig oder nachfolgend erklärt werden[6]. Ist die Zustimmung

abzusehen, weßwegen diesem Willen nicht Folge gegeben werden dürfte. Ist die Obligation in ihrem juristischen Bestande von der Person dieses bestimmten Gläubigers unabhängig, so kann sie auch den Wechsel des Schuldners überdauern; die Person des Schuldners ist für den juristischen Bestand der Obligation nicht wesentlicher, als die Person des Gläubigers. Wenn die Römer den Wechsel der Person des Schuldners nur auf dem Wege der Novation für erreichbar hielten, so konnten doch auch sie sich der Ueberzeugung nicht verschließen, daß dadurch dem praktischen Bedürfniß nicht genügt sei. Beweis ist der von ihnen anerkannte Satz, daß auf die durch Novation erzeugte neue Obligation das Pfandrecht der alten übertragen werden könne (I § 233b Ziff. 1), ein Bruch der Rechtsconsequenz von der schärfsten Art. — v. Salpius a. a. O., welcher dieses Letztere mit ungenügenden Gründen bestreitet (a. a. O. § 35), und in der Novation trotz dem, daß sie die Identität der Obligation zerstört, eine Succession sieht (vgl. § 329 Note 10, § 353 Note 3b), glaubt, daß die Novation allen Bedürfnissen des Verkehrs genüge. Aber jedenfalls macht dieselbe in Betreff der Pfandrechte einen neuen Vertrag nöthig, und die Concursprivilegien zerstört sie trotz alles Vorbehaltes (l. 29 D. de nov. 46. 2). [Wie Salpius Danz (§ 353 Note 3b).]

[3a] Gewöhnlich denkt man an diesen Fall nicht [oder wirft ihn mit dem Fall der Novation zusammen (Note 3 a. E.)]. Aber s. Bruns in v. Holtzendorff's Encyclop. I § 65, Regelsberger Handb. S. 534, [Unger Schuldübernahme S. 11]. Zustimmung des Schuldners ist nicht erforderlich, wie sie auch nicht erforderlich ist, wenn der Schuldner durch Erfüllung eines Dritten befreit werden soll.

[4] Die Obligation erleidet durch den Wechsel des Schuldners, wenngleich keine Aenderung ihres juristischen Bestandes, doch möglicherweise eine bedeutende Aenderung ihres ökonomischen Werthes. Eine nicht realisirbare Forderung ist im ökonomischen Resultate gleich einer nicht existirenden. Vgl. übrigens auch Bruns a. a. O. § 65 z. A.

[5] Eine stillschweigende Zustimmung des Gläubigers liegt in jeder Behandlung des Uebernehmers als Schuldners, namentlich auch in der Erhebung der Klage gegen denselben, vgl. l. 3 C. de pact. 2. 3. Windscheid krit. Ueberschau S. 45, Gürgens S. 274 fg. [Unger Schuldübernahme S. 13]. Anders Seuff. Arch. XXXV. 271 (Kündigung), [XLV. 9 (RG.), Entsch. d. RG. XIX S. 253].

[6] Das Verhältniß ist das gleiche, wie bei der Veräußerung einer fremden Sache, oder, was hier noch näher liegt, einer fremden Forderung. Die Veräußerung ist ungültig ohne Zustimmung des Berechtigten, wird aber gültig durch dessen hinterher ertheilte Genehmigung (I § 81 Ziff. 3). Dieß ist die einfachste und natürlichste Construction der Schuldübernahme ohne gleichzeitige Mitwirkung des Gläubigers, wie sie vertreten wird von Gürgens, und wohl auch von Arndts und Rudorff, ferner von Unger Jahrb. f. Dogm. X S. 89 fg. [Schuldübernahme S. 12 fg.], Bruns in v. Holtzendorff's Encycl. I § 65, Regelsberger Bayer. Hypothekenrecht S. 455 fg. und a. a. OO. Möglich ist die Construction des Verhältnisses auch auf Grundlage des Vertrags zu Gunsten eines Dritten (s. § 316 Note 15); aber diese Construction ist umständlicher und be-

keine gleichzeitige, so bleibt jedenfalls der Uebernehmer bis zu der vom Gläubiger getroffenen Entscheidung gebunden[7]. Es ist aber, wenn der Gläubiger zu der Verhandlung zwischen dem Schuldner und dem Uebernehmer nicht zugezogen wird, zuzusehen, ob der Uebernehmer wirklich die Schuld auch dem Gläubiger gegenüber hat übernehmen wollen, und ob nicht vielmehr der Sinn seiner Erklärung nur der war, daß er sich dem Schuldner gegenüber anheischig mache, denselben gegen die Forderung des Gläubigers zu schützen[8]. Eine obligatorische Gebundenheit des Uebernehmers ergibt sich übrigens auch aus der eigentlichen Schuldübernahme, wenn der Gläubiger seine Zustimmung zu derselben verweigert[9].

---

schwerlicher. [Vertreten wird sie neuerlich von Danz in der § 353 Note 3b citirten Schrift, wie es scheint auch von Dernburg II § 53.] Vgl. im Uebrigen über die verschiedenen hier aufgestellten Ansichten Delbrück S. 73 fg. (Windscheid krit. Ueberschau S. 32—35), auch Gürgens S. 235 fg., Menzel S. 581 fg. Delbrück selbst nimmt einen auf deutscher Rechtsanschauung und moderner Rechtsentwickelung beruhenden Rechtssatz an, kraft dessen die Schuld, als sachlicher Niederschlag der Obligation, wie eine Sache, aus einem Vermögen in das andere übertragen werden könne. S. dagegen Windscheid krit. Ueberschau S. 36—40, Kuntze § 77—79, Gürgens S. 250 fg. Kuntze schreibt der Schuldübernahme die Kraft zu, aus der Obligation des Schuldners in der Person des Uebernehmers ohne Weiteres eine Zweigobligation zu erzeugen. Vgl. darüber Windscheid S. 214. 180—181, Gürgens S. 258 fg. Bähr sieht in dem Schuldübernehmungsvertrag eine durch den Schuldner dem Gläubiger ertheilte Ermächtigung, seinen (des Schuldners) Anspruch gegen den Uebernehmer als sein Vertreter geltend zu machen, Zaun, wie Frühere, eine stillschweigende Cession. Alle diese Schriftsteller lassen aber neben dem Uebernehmer auch den Schuldner fortfahren zu haften [ebenso Dernburg II § 53 Note 6], während nach der hier vertretenen Construction der Schuldner dadurch ausscheidet, daß der Uebernehmer eintritt, vorausgesetzt natürlich, daß der Wille der Parteien hierauf gerichtet ist. Vgl. Unger Jahrb. für Dogm. X S. 87 fg., Gareis Verträge zu Gunsten Dritter S. 289 fg. Menzel nimmt wirklichen Schuldübergang an, aber nur auf Grund eines zwischen dem Gläubiger und den beiden Schuldnerpersonen abgeschlossenen Vertrags. Was die Praxis angeht, s. die bei Busch a. a. O. unter den Nummern 1. 9. 10. 12. 17. 20. 24. 25. 28. 30. 35 angeführten Entscheidungen und die Citate § 316 Note 15. Entscheid. d. RG. VII S. 131. [Seuff. Arch. XLIV. 14.] Rechtsnachfolge in eine Firma mit Uebernahme der Activa und Passiva: Seuff. Arch. XXXIII. 146, XXXVI. 54 (Entscheid. d. RG. II S. 49). Ladenburg Zeitschr. f. Handelsr. XXX S. 90 fg.

[7] Wie der Veräußerer einer fremden Sache deßwegen nicht weniger gebunden ist, weil der Eigenthümer seine Zustimmung zur Veräußerung noch nicht gegeben hat. [Vgl. Unger Schuldübernahme Note 40.] — Wird vor ertheilter Zustimmung des Gläubigers die Schuld weiter übernommen, so ist auch der fernere Schuldübernehmer gebunden. Gürgens S. 306 fg.

[8] Vgl. Windscheid Actio S. 211, auch Regelsberger Zeitschr. f. Handelsrecht XIV S. 27—31. Handb. S. 532. Seuff. Arch. XX. 27.

[9] Jedenfalls ist der Uebernehmer dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Effect, welcher in Folge seiner Erklärung eintreten soll, und welcher in Folge

Wie durch Vertrag der Parteien, so kann nach heutigem Recht auch durch letztwillige und durch richterliche Verfügung eine Schuldüberweisung erfolgen. Zustimmung des Gläubigers ist natürlich auch hier erforderlich[10].

§ 339.

Die Schuld geht auf den neuen Erwerber über, wie sie beim alten Schuldner war. Sie geht also über mit ihren Einreden; ausgenommen sind bloß diejenigen, welche sich nur auf diese bestimmte Schuldnerperson, nicht auf die Schuld als solche beziehen[1]. Ebenso geht die Schuld auf den Erwerber über mit ihren Vorzügen, namentlich mit ihren Nebenrechten[2]. Jedoch ist, wenn ein Dritter sich für die Schuld verbürgt oder für dieselbe ein Pfand bestellt hat, zuzusehen, ob derselbe nicht die Absicht gehabt hat, nur für diese bestimmte Schuldnerperson Sicherheit zu gewähren; im Zweifel wird dieß allerdings anzunehmen sein[3]. — Gründe der Anfechtbarkeit aus dem Ver-

des Mangels der Zustimmung des Gläubigers nicht eintritt, durch seine Thätigkeit, soweit er vermag, herbeizuführen. Vgl. Menzel S. 660 fg. [Unger Schuldübernahme S. 12 zu Note 41.]

[10] Letztwillige Verfügung: der Schuldner weist seine Schuld einem Vermächtnißnehmer oder einem seiner mehreren Erben ausschließlich zu. Soweit ein Erblasser zu Lasten einer Person eine neue Verbindlichkeit begründen kann, kann er sie auch mit einer bestehenden Verbindlichkeit belasten. Auch hier aber ist zuzusehen, ob der Erblasser nicht eine Verpflichtung des Belasteten bloß dem Schuldner gegenüber begründen will. Nach römischem Recht war diese Verpflichtung der einzig mögliche Effect einer solchen Verfügung. Vgl. l. 20 § 3. 5. 8 D. fam. erc. 10. 2, l. 69 § 2 D. de leg. I° 30, l. 34 § 3 D. de leg. III° 32, l. 7 § 3 D. de lib. leg. 34. 3. — Richterliche Verfügung: der Wille desjenigen, welcher Schuldner werden soll, wird durch die richterliche Verfügung in derselben Weise ersetzt, wie bei der Forderungsüberweisung der Wille des bisherigen Gläubigers. Was das römische Recht angeht, vgl. l. 3 D. fam. erc. 10. 2.

[1] Vgl. § 332 Ziff. 1 und l. 7 pr. D. de exc. 44. 1. „Exceptiones quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios, veluti quam socius habet exceptionem quod facere possit, vel parens patronusve, non competit fideiussori . .“. Delbrück S. 108 fg., Gürgens S. 299 fg. — Die Auffassung Bähr's (§ 338 Note 6) führt zu der Consequenz, daß der Schuldübernehmer keine Einrede entgegensetzen kann, welche dem Schuldner gegen den Gläubiger, dagegen alle, welche ihm selbst gegen den Schuldner aus dem Uebernehmungsvertrag zustehen. Bähr Jahrb. S. 176. Arch. S. 189 fg. Es versteht sich von selbst, daß nach der hier vertretenen Ansicht der Gläubiger von diesen letzteren Einreden ganz unberührt bleibt. § 339.

[2] Gürgens S. 289 fg. Der Gläubiger behält also dem neuen Schuldner gegenüber dasselbe Pfandrecht, welches er dem alten Schuldner gegenüber hatte, ohne daß darüber eine besondere Beredung nöthig wäre. Ebenso behält der Gläubiger ein ihm zustehendes Concursprivilegium.

[3] Bürgschaft und Verpfändung für einen Andern haben regelmäßig die Natur eines Dienstes, welcher gerade dieser bestimmten Person erwiesen wird,

hältniß zwischen Schuldner und Schuldübernehmer wirken gegen den Gläubiger nicht[4].

§ 340.

Was die Zulässigkeit der Schuldübernahme angeht[1], so gibt es positive Beschränkungen derselben, wie bei der Forderungsübertragung, nicht. Aus der Natur der Sache folgt, daß sie nur da zulässig ist, wo die Erfüllung durch den Uebernehmer objectiv möglich ist[2], und nur da, wo sie durch den die Schuld begründenden Willen nicht ausgeschlossen ist[3]. Zulässig ist die Schuldübernahme namentlich auch bei Verpflichtungen mit zusammengesetztem Leistungsinhalt und bei Verpflichtungen aus gegenseitigen Verträgen[4].

VI. Aufhebung des Forderungsrechts.

A. Allgemeines.

§ 341.

1. Ein Forderungsrecht kann in doppelter Weise aufgehoben werden, seiner rechtlichen Existenz nach und seiner Wirksamkeit nach. Seiner rechtlichen Existenz nach: es ist ein Forderungsrecht überhaupt

---

mit Rücksicht auf das zwischen ihr und dem Bürgen ꝛc. bestehende Verhältniß und mit Rücksicht auf ihre ökonomische Lage.

[4] Die Schuldübernahme ist keine Leistung an den Gläubiger, sondern eine Leistung an den Schuldner in der Person des Gläubigers. Vgl. § 355 Ziff. 2. b, § 412 Note 10 und Delbrück S. 48, Gürgens S. 280 fg. Ausgenommen natürlich die Anfechtungsgründe, welche ihrer Natur nach auch gegen Dritte wirken, wie der Zwang.

§ 340. [1] Vgl. Delbrück S. 41, Gürgens S. 288.

[2] Aus diesem Grunde darf bei den s. g. actiones vindictam spirantes auch eine Schuldübernahme nicht anerkannt werden. So wenig demjenigen Genugthuung für eine Kränkung gegeben werden kann, welcher die Kränkung nicht erlitten hat (§ 335 Note 1), so wenig kann derjenige Genugthuung geben, welcher die Kränkung nicht verübt hat. — Bloß subjective Unmöglichkeit schadet nicht. So gut wie z. B. eine Verpflichtung zur Eigenthumsübertragung für einen Andern als den Eigenthümer begründet werden kann, so gut kann sie auf einen Andern übergehen.

[3] Auch der Consens des Gläubigers kann in einem solchen Fall den Schuldübergang nicht möglich machen. Es wird durch diesen Consens zwar der alte Schuldner entlastet, und der neu Eintretende verpflichtet; aber die Obligation ist nicht mehr die nämliche. Es liegt jetzt in der That eine Novation vor.

[4] Im Besonderen also auch bei der Verpflichtung aus dem Pacht- und Miethvertrag. So, wenn der Käufer die Verpflichtung, welche der Verkäufer als Vermiether hat, übernimmt. Man hat die Verpflichtung des Käufers dem Miether gegenüber auch aus l. 9 C. loc. 4. 65 herleiten wollen; mit Unrecht — diese Stelle redet nur von einer Verpflichtung des Käufers dem Verkäufer gegenüber. Vgl. Busch Verträge zu Gunsten Dritter S. 66, Bähr Jahrb. f. Dogm. VI. S. 182.

nicht mehr vorhanden[1]. Seiner Wirksamkeit nach: das Forderungsrecht besteht fort, aber die Entfaltung seiner Wirksamkeit ist durch eine für den Schuldner entstandene Einrede gehemmt[2]. Ist diese Hemmung keine bloß vorübergehende, sondern eine dauernde[3], so ist für die wirthschaftliche Betrachtung das Forderungsrecht gleich einem nicht existirenden[4].

2. Die Aufhebung des Forderungsrechts ist regelmäßig eine vollständige, so daß auch keine natürliche Verbindlichkeit übrig bleibt; möglich ist auch das Gegentheil.

3. Die naturgemäße Aufhebungsart des Forderungsrechts ist seine Erfüllung[5]. Es kann aber auch in anderer Weise als durch Erfüllung eine Befriedigung[6] des Gläubigers eintreten. Endlich kann das Forderungsrecht untergehen auch ohne daß der Gläubiger befriedigt wird[7].

---

[1] Obligatio ipso iure perimitur, tollitur, evanescit.

[2] Actor summovetur, removetur, expellitur, excluditur exceptione. Ueber diese und andere Ausdrücke der Quellen s. Büchel civil. Erörterungen II. 1 S. 21 fg. Die Bedeutung, welche dieser Gegensatz bei den Römern darin hatte, daß auf die exceptio in der Formel hingewiesen werden mußte, nicht aber auf den directen Wegfall der Obligation, ist natürlich für uns verschwunden, damit aber nicht alle Bedeutung des Gegensatzes überhaupt. S. I § 47 Note 1. § 341.

[3] Exceptio perpetua, peremtoria. S. I § 47 Note 3.

[4] Die obligatio ist inefficax, sine effectu, inutilis, inanis. S. Büchel a. a. O. S. 35. L. 112 D. de R. I. 50. 17. „Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur“. L. 20 § 3 D. de lib. causa 40. 12. „Obligatum accipere debemus, qui exceptione se tueri non potest, ceterum si potest, dicendum non esse obligatum“. L. 55 D. de V. S. 50. 16, l. 66 D. de R. I. 50. 17 (vgl. über letztere Stelle auch Rudorff zu Puchta § 286 c).

[5] Daraus erklärt sich der Sprachgebrauch der Quellen, daß die Erfüllung solutio schlechthin genannt wird, obgleich dieses Wort an und für sich den reinen Gegensatz zu obligatio (als Act des Obligirens), und somit eine jede Aufhebung des Forderungsrechts bezeichnet. L. 176 D. de V. S. 50. 16: — „solvere dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit“. L. 49 D. de sol. 46. 3. Aber s. auf der andern Seite l. 54 D. eod. „Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoque modo factam, magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem“. L. 80 eod. L. 47 D. de V. S. 50. 16. „Liberationis verbum eandem vim habet, quam solutionis“. L. 4 § 7 D. de re iud. 42. 1. „Solvisse accipere debemus non tantum eum qui solvit, verum omnem omnino, qui . . obligatione liberatus est . .“. L. 176 D. de V. S. 50. 16. S. übrigens auch § 342 Note 1.

[6] Satisfactio. L. 52 D. de sol. 46. 3. „Satisfactio pro solutione est“. L. 49 eod., l. 13 § 4 D. de pign. 20. 1, l. 6 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6. Jedoch kann „satisfactio“ auch ohne Tilgung der Obligation eintreten, l. 53 D. de contr. emt. 18. 1, § 41 I. de R. D. 2. 1. Vgl. Leist Mancipation und Eigenthumstradition S. 88 fg.

[7] Aus der Betrachtung bleiben hier ausgeschieden die Inhaber- und Ordrepapierforderungen des modernen Rechts. Für sie ist das Princip, daß sie so

B. Die einzelnen Aufhebungsthatsachen.

1. Erfüllung*.

a. Wirkung und Erfordernisse.

§ 342.

Die Erfüllung[1] tilgt[2] das Forderungsrecht direct[3].

Damit ein Forderungsrecht durch Erfüllung getilgt sei, ist erforderlich:

1) daß der Gläubiger auf sein Forderungsrecht[3a] gerade Das erhalten habe, was er zu fordern hat. Hat er Eigenthumsübertragung zu fordern, so ist Erfüllung nur dann vorhanden, wenn ihm nicht bloß Eigenthumsrecht überhaupt, sondern auch[4] unbeschränktes[5] und unwiderrufliches[6] Eigenthumsrecht verschafft worden ist. Bei generischen Obligationen kann daher der Gläubiger, wenn ihm kein

---

lange dauern, wie die Schrift, welche ihr Träger ist. Vgl. Kuntze Inhaberpapiere § 74—76. 136. Wechselrecht S. 60—62. 291.

* Dig. 46. 3 Cod. 8. 42 [43] de solutionibus et liberationibus. — Gruchot die Lehre von der Zahlung der Geldschuld nach heutigem deutschen Recht, Berlin 1871. Vgl. über diese Schrift Regelsberger krit. VJSchr. XV S. 159. 161. Römer Beiträge zur Lehre von der Erfüllung der Obligation nach gemeinem Recht mit besonderer Berücksichtigung der Beweislast, in: Festschrift zur vierten Säcularfeier der Universität Tübingen (1877) S. 1 fg. Unterholzner I S. 460—478, Sintenis II S. 394—415, Brinz 2. Aufl. II § 290. S. auch G. Cohn in Endemann's Handb. d. Handelsr. III S. 998 fg. [Unger Grünhut's Zeitschr. XV S. 529 fg.]

§ 342. [1] Die Bezeichnung der Quellen für Erfüllung ist solutio. Vgl. § 341 Note 5. In einem noch engeren Sinne wird solutio nur auf die Erfüllung von Geldobligationen bezogen. Daraus erklärt sich, daß die heutige Rechtssprache ganz gewöhnlich [auch bei anderen als Geldobligationen] statt „Erfüllung" „Zahlung" sagt. Ich kann das nur für eine Unart halten. Vgl. Sintenis II S. 394 Anm. 9. — Man bemerke noch, daß die Quellen die Ausdrücke solvere und solutio durchaus nicht immer auf die Obligation beziehen, sondern ganz gewöhnlich auch auf den Gegenstand, welcher kraft der Obligation geleistet werden soll, z. B. solvere pecuniam, rem, dotem.

[2] Pr. I. quib. mod. toll. 3. 29.

[3] § 4 I. de inut. stip. 3. 19.

[3a] Zum Zweck der Erfüllung seines Forderungsrechts. Vgl. Seuff. Arch. XXXV. 110, XXXIX. 202, und unten § 342 Note 22, § 343a Setzt die Bewirkung der verschuldeten Leistung Annahme des Gläubigers voraus, so wird die Erfüllung zum Erfüllungsvertrag. Vgl. Kohler Jahrb. f. Dogm. XVII S. 261 fg. und unten § 343 Note 2b.

[4] L. 45 § 1 D. de leg. I° 30: — „ita dare debet, ut eum habere liceat". Vgl. § 392 Note 2. Seuff. Arch. XXIII. 222.

[5] L. 27 D. h. t.: — „si res tradita fuerit, quae debebatur, quamdiu aliquid iuri rei deest, adhuc tamen ipsa res petenda est". L. 20 l. 38 § 3 i. f. l. 98 pr. D. h. t., vgl. l. 69 eod.

[6] L. 38 § 3 l. 72 § 5 l. 98 pr. D. h. t.

Eigenthum oder kein gehöriges Eigenthum verschafft worden ist, Leistung einer anderen Sache fordern[6a]; er kann aber auch Verschaffung des Eigenthums an der hingegebenen Sache bez. Leistung des Interesse fordern, welches er daran hat, daß ihm an dem Hingegebenen Eigenthum verschafft worden wäre[6b]. Daß dem Gläubiger Eigenthum unmittelbar verschafft worden sei, ist nicht nöthig; Erfüllung ist auch dann vorhanden, wenn der Gläubiger Eigenthum auf dem Wege der Ersitzung, oder, bei Geldschulden, der Vermischung erlangt hat[7]. Ja bei Geldschulden ist überhaupt nicht erforderlich, daß ihm Eigenthum an den hingegebenen Geldstücken verschafft worden sei; es genügt, daß er sich durch redlichen Verbrauch des Geldes dessen Vermögenswerth angeeignet habe[8]. Abgesehen von diesen Fällen liegt in einer Leistung, welche nicht den vom Forderungsrecht verlangten

---

[6a] Eviction ist nicht nothwendig. Vgl. l. 38 § 3 l. 72 § 5 l. 69 D. h. t. Vom Falle der Eviction gehen aus l. 58 D. de evict. 21. 2, l. 29 § 3 D. de leg. III° 32.

[6b] Er kann verlangen, daß der Schuldner zu der in der Hingabe von ihm abgegebenen Erklärung: der Gläubiger solle an dem Hingegebenen Eigenthümer werden, stehe. Nach römischem Rechte freilich konnte diese Erklärung eine Verbindlichkeit nicht erzeugen, weil es ihr an der erforderlichen Vertragsform fehlte. Arndts Arch. f. civ. Pr. L S. 154 meint zwar, es sei auch für das heutige Recht ein Fehler, „die Lehre von der Gültigkeit des formlosen Vertrags so weit zu treiben, daß man den Unterschied zwischen einem obligatorischen Vertrag und dem in der Tradition liegenden Vertrag ganz verkennt und verwischt". Aber wenn Arndts zugibt, wie er wirklich thut, daß zum obligatorischen Vertrag die Form des Versprechens nicht erforderlich ist, so wird er doch wohl auch in der Tradition ein obligatorisches Element anerkennen müssen — er müßte denn eine jede Tradition so auslegen wollen: ich mache dich zum Eigenthümer, wenn ich es selbst sein sollte. Wie wenig die Römer gemeint waren, die Tradition überhaupt, und speciell die Tradition zum Zweck der Erfüllung, in dieser Weise aufzufassen, zeigen l. 16 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 131 § 1 D. de V. O. 45 1, l. 27 D. h. t., l. 45 § 1 l. 46 D. de leg. I° 30: da die Tradition an sich nicht die Verbindlichkeit erzeugte, zu ihrem Inhalte zu stehen, so wurde nur diejenige Tradition für eine rechte Tradition erklärt, bei welcher die Evictionsverbindlichkeit freiwillig übernommen worden war. S. auch Note 14. (Man könnte einen Augenblick daran denken, auch l. 15 D. quib. ex caus. in poss. 42. 4 hierher zu beziehen; aber diese Stelle hat ohne Zweifel den s. g. concursus duarum causarum lucrativarum im Auge.) Vgl. auch Römer a. a. O. S. 14 fg. [Dernburg I § 55 Note 4 (5) gewährt dem Gläubiger zwar einen Ersatzanspruch, aber nicht das Recht, eine andere Sache zu fordern.]

[7] L. 60 D. h. t., vgl. l. 54 pr. D. de evict. 21. 2; l. 78 D. h. t.

[8] L. 14 § 8 l. 17 D. h. t., l. 19 § 1 D. de R. C. 12. 1, l. 9 § 2 D. de auct. tut. 26. 8. Vgl. auch l. 94 pr. D. h. t. Hat der Gläubiger das ihm gegebene Geld unredlicherweise, d. h. wissend, daß er nicht Eigenthümer desselben geworden sei, verbraucht, so haftet er dem Eigenthümer als fictus possessor mit rei vindicatio, actio ad exhibendum (arg. l. 11 § 2 D. de R. C. 12. 1, § 2 I. quib. alien. 2. 8) und condictio furtiva (§ 442. 453).

Inhalt hat, Erfüllung nur dann[8a], wenn der Gläubiger sie als Erfüllung wissentlich[9] angenommen hat[10]. Regelmäßig hängt es von dem freien Willen des Gläubigers ab, ob er Etwas was Erfüllung nicht ist, als Erfüllung annehmen will[11]. Nur bei Geldschulden ist er, wenn der Schuldner sich durch Verkauf seiner Sachen Geld zu verschaffen nicht im Stande ist, verpflichtet, Immobilien des Schuldners als Erfüllung zum Schätzungswerth anzunehmen, so jedoch, daß er die Auswahl hat[12]; Kirchen und milde Stiftungen als Schuldner genießen dabei noch besondere Begünstigungen[13]. Wenn an dem an

[8a] Auch dann nicht, wenn zwar Sachen der von der Obligation verlangten Art, aber nicht aus der verlangten räumlichen Abgrenzung (z. B. aus diesem Schiffe) geleistet werden. A. M. Regelsberger Arch. f. civ. Pr. L S. 27 fg.

[9] Wissend, daß sein Forderungsrecht auf eine Leistung dieses Inhalts nicht gehe.

[10] In solutum accipere — in solutum, pro soluto dare. S. z. B. l. 4 § 31 D. de dol. exc. 44. 4, l. 5 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 4 C. de evict. 8. 44 [45]. Doch wird der Ausdruck in solutum dare auch gleichbedeutend mit solvendi causa dare, also gleich solvere gebraucht, so z. B. in l. 19 § 1 D. de R. C. 12. 1. — Eine monographische Darstellung dieser Lehre hat Römer gegeben: die Leistung an Zahlungsstatt nach dem römischen und gemeinen Recht, mit Berücksichtigung der neueren Gesetzbücher (1860). Darüber: H. Witte krit. VJSchr. VIII S. 482—493. Vangerow 7. Aufl. III § 583 Anm. 1. S. auch Cohn (Note *) S. 1075 fg. — Die in solutum datio wirkt, wie die Erfüllung selbst, ipso iure. Pr. I. quib. modis toll. 3. 29, l. 1 § 5 D. de pec. const. 13. 5, l. 26 § 4 D. de cond. ind. 12. 6, l. 24 pr. D. de pign. act. 13. 7, l.17 C. h. t. Doch behaupteten die Proculianer das Gegentheil. Gai. III. 198. Römer S. 64 fg. — Die in solutum datio ist Erfüllung (kraft der vom Gläubiger in eine Leistung, welche an und für sich Erfüllung nicht ist, gelegten Kraft), sie ist nicht etwa ein zweiseitiger Vertrag, in welchem der Gläubiger seine Forderung gegen eine Gegenleistung aufgibt. Auf dieser letzteren Auffassung scheint die Meinung der Proculianer beruht zu haben. Dogmengeschichtliches bei Römer S. 4 fg.

[11] — „aliud pro alio invito creditori solvi non potest“, l. 2 § 1 D. de R. C. 12. 1. L. 16 C. h. t., pr. I. quib. mod. toll. 3. 29. — Anwendung auf die Zahlung mit Wechseln: Seuff. Arch. II. 16. 151, XIII. 227.

[12] S. g. beneficium dationis in solutum. Dasselbe beruht auf Nov. 4 c. 3 (Auth. *Hoc nisi* C. h. t.). S. darüber Marezoll im Magazin für RW. u. Gesetzgeb. IV S. 230—246, Römer S. 162—177, Unterholzner I § 175, Sintenis II S. 149—151, Gruchot S. 70—73. Vgl. Mandry 3. Aufl. § 41 Note 3. Ich finde in der gesetzlichen Vorschrift weder eine Beschränkung auf den Fall, wo der Schuldner verlangen kann, zur Güterabtretung zugelassen zu werden (§ 266), noch eine Erstreckung auf bewegliche Sachen. — Eine Anwendung der Vorschrift auf die durch den dreißigjährigen Krieg in Vermögensverfall gerathenen Schuldner im J. R. A. § 172. Hier werden ausdrücklich auch bewegliche Sachen genannt.

[13] Nach Nov. 120 c. 6 § 2 (Auth. *Hoc ius porrectum* D. de ss. eccl. 1. 2). Der Schätzungswerth wird um $^1/_{10}$ erhöht, und der Gläubiger hat nicht die Wahl, sondern muß sich gefallen lassen, daß ihm neben besseren auch geringere Grundstücke gegeben werden. Außerdem, lehrt man, soll es dem Schuldner auch

Erfüllungsstatt Gegebenen dem Gläubiger kein Eigenthum oder kein vollständiges Eigenthum verschafft worden ist, so hat er die Wahl, ob er auf seine Forderung zurückgreifen, oder ob er von dem Schuldner sein Interesse fordern will[14]. Das Gleiche gilt, wenn eine nicht rechts=

---

frei stehen, den Gläubiger dadurch zu befriedigen, daß er demselben unter Bestellung eines Pfandrechts den Besitz und Fruchtgenuß eines Grundstücks einräumt, wobei der Zinsfuß auf 3% herabgesetzt werde. Aber diese Befugniß beruht nur auf dem griechischen Text der Novelle („εἰ δὲ μὴ δυνηθῶσι τούτῳ τῷ τρόπῳ διαλῦσαι τὸ χρέος“), während die Vulgata sie nicht anerkennt („si vero noluerit [sc. creditor] isto modo debitum transigere“; Auth.: „quod si nolit creditor ita accipere“). Vgl. I. H. Böhmer ius eccl. prot. III. 16 § 48, Puchta § 240 a. E., Arndts § 222 Anm. 2, Sintenis II S. 151.

[14] Das erste Recht hat er, weil er nicht die Hingabe als solche, sondern die Hingabe mit der Wirkung der Eigenthumsverschaffung mit Erfüllungskraft begabt hat; das zweite Recht hat er, weil er den Schuldner bei der von ihm abgegebenen Erklärung, daß das Hingegebene in das Eigenthum des Gläubigers übergehen solle, festhalten kann. Und hier nun (vgl. Note 6b) glaubten diesem zweiten Gesichtspunkt auch die Römer gerecht werden zu können, indem sie die Analogie des Kaufvertrages verwertheten und dem Gläubiger eine utilis ex emto actio gaben. Freilich wurden sie dadurch auch zu der, für uns nicht mehr maßgebenden, Consequenz getrieben, daß dem Gläubiger nur wegen Eviction, nicht schon auf Grund bloß mangelnder Eigenthumsverschaffung, ein Anspruch zustehe. Das erste Recht geben ihm l. 46 pr. § 1 D. h. t. und l. 8 C. de sent. 7. 45, vgl. auch l. 60 D. h. t., l. 26 § 4 D. de cond. ind. 12. 6; das zweite Recht ist anerkannt in l. 24 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 4 C. de evict. 8. 44 [45], vgl. auch l. 4 § 31 D. de doli exc. 44. 4, l. 44 D. h. t. — Uebereinstimmend mit dem hier Gesagten im Wesentlichen Römer S. 54 fg. (der aber, in jedenfalls nicht förderndеr Weise, den Begriff des Realvertrages hineinmischt, vgl. Festschrift S. 16 Note o), ferner Vangerow Nr. 5, Brinz 2. Aufl. II S. 336 Note 12 (der, wohl mit Recht, darauf aufmerksam macht, daß in l. 8 C. cit. nicht, wie in l. 46 D. cit., das Recht gewährt werde, die Forderung als fortbestehend zu betrachten, sondern das Recht, sie wegen ermangelnder Voraussetzung zurückzufordern), Bechmann Kauf II S. 557 fg. Witte S. 484 fg. nimmt es mit der Analogie des Kaufvertrages ernstlicher, und kommt dadurch zu dem Resultat, daß beide Rechte des Gläubigers eigentlich unverträglich seien, und die Römer das erste hätten sollen fallen lassen. Dernburg Pfandrecht II S. 246 fg. geht sogar so weit, das Recht der Interesseforderung für das allein maßgebende zu erklären. [Pand. II § 58 Note 6.] Bekker Jahrb. d. gem. R. VI S. 240 will dem Gläubiger den Gegenbeweis vorbehalten, daß das Geschäft so oder so gemeint gewesen sei. Schliemann Haftung des Cedenten S. 46 fg. ist der Ansicht, daß die Quellen, wo sie den zweiten Gesichtspunkt anlegen, einen auch den Schuldner verbindenden Contract voraussetzen. Rubo in Kamptz's Jahrb. f. d. Preuß. Gesetzgeb. 2c. XXII S. 14—16 macht geltend, daß l. 46 cit. von einem rem pro re solvere rede, während in den übrigen Stellen ein solvere rem pro pecunia angenommen werde; er will auf Grund dieser Unterscheidung die l. 46 cit. aus dem Rechte des Tausches erklären. Es ist dieß die Meinung der Glosse. Aber selbst abgesehen davon, daß auch bei Geldschulden die in solutum datio doch nur ein kaufähnliches Geschäft, kein wirklicher Kauf ist (l. 24 pr. cit.: utilis ex emto, l. 4 § 31 cit.: vicem emtorum), würde sich aus dem Rechte des Tausches eine actio praescriptis verbis (oder eine condictio) ergeben,

beständige Forderung[15] an Erfüllungsstatt gegeben worden ist[16]; dagegen haftet der Schuldner für die factische Realisirbarkeit der Forderung nicht[17].

2. Hat der Gläubiger nur einen Theil Desjenigen erhalten, was er zu fordern hat, so ist das Forderungsrecht auch nur zum Theil getilgt[18]. Es kann aber der Gläubiger regelmäßig nicht genöthigt

---

nicht aber, daß „manet, durat pristina obligatio" (l. 46 pr. cit.). Ausführliche Dogmengeschichte bei Römer S. 24 fg.

[15] Eine Forderung kann an Erfüllungsstatt gegeben werden nicht bloß durch Cession, sondern auch durch Delegation (Anweisung zum Versprechen, vgl. § 353 Note 9). S. namentlich l. 5 l. 8 § 3 D. ad SC. Vell. 16. 1 (— „solvit enim et qui reum delegat"). Jedoch ist im Fall der Delegation zuzusehen, ob nicht der eigentliche Tilgungsgrund nicht sowohl Erfüllung, als vielmehr Novation sei, was sich nach der Absicht des mit dem neu eintretenden Schuldner abgeschlossenen Vertrages entscheidet. Vgl. § 353 Note 9, Römer S. 92 fg., Witte S. 489 fg. — Nicht jede durch Anweisung oder Cession verschaffte Forderung tilgt die Obligation, sondern nur diejenige, welche der Gläubiger mit der Absicht nimmt, daß dadurch die Obligation getilgt werden soll. So wird namentlich die Obligation nicht dadurch getilgt, daß eine Zahlungsanweisung von dem Angewiesenen acceptirt wird, obgleich dadurch der Inhaber der Anweisung ein neues Forderungsrecht erwirbt. Die Behauptung von v. Salpius (Novation und Delegation § 18. 76), daß dieß nur heutiges Recht sei, nicht römisches, ist unbegründet (vgl. § 412 Note 17). S. auch Römer S. 96. In Betreff der Cession ist Thöl Handelsrecht I § 120 (6. Aufl. § 324) Nr. II der Meinung, dieselbe sei im Zweifel anzusehen als gemacht, nicht „an Zahlungsstatt", sondern „zahlungshalber"; dagegen Schliemann a. a. O. S. 54, Römer S. 122.

[16] Vgl. Schliemann Haftung des Cedenten S. 64—73, Römer S. 91 fg. 122 fg., und § 315 Note 4. Zahlung mit Wechseln und Inhaberpapieren: Römer S. 106 fg. 130 fg., Schauberg Zeitschr. f. Handelsr. XI S. 275 fg., Gruchot S. 73—78.

[17] So auch die herrschende Meinung, welche aber den Fall der Delegation außer Acht läßt (vgl. jedoch Thöl Handelsr. I § 132 [6. Aufl. § 337] Note 5, Römer S. 130). Eine Ausnahme wird nur von denjenigen, welche die Nov. 4 c. 3 (Note 12) auf Forderungen erstrecken, für den Fall derselben gemacht; gewiß mit Recht, da in diesem Fall der Gläubiger die Forderung nehmen muß. Verhaftung für bonitas nominis behaupten Mühlenbruch S. 628 und für den Fall, wo die in solutum datio bloß Recht, nicht auch Pflicht des Schuldners sei, Schliemann S. 54 fg. Dagegen Römer S. 124 fg., Vangerow Nr. 6. — Die herrschende Meinung beruft sich auf die Regel der Cession, welche freilich nicht vorhanden ist (§ 336 Note 3.). Aber es muß entscheiden die Analogie des Kaufvertrages; der Gläubiger hätte zusehen sollen, ehe er die Forderung annahm; hat er es nicht gethan, oder hat er sich geirrt, so ist das sein Schade. Ueber l. 3 C. de nov. 8. 41 [42] s. Witte S. 491 fg. gegen Römer S. 126 fg. Für den Fall der Delegation gibt es ausdrückliche Entscheidungen. L. 26 § 2 D. mand. 17. 1: — „bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum", ebenso l. 18 D. de fidei. 46. 1, vgl. § 2 I de mand. 3. 26, l. 22 § 2 l. 45 § 7 D. mand. 17. 1. L. 96 § 2 D. h. t. bezieht sich auf den Fall späterer Insolvenz des Schuldners (s. übrigens über diese Stelle auch v. Salpius Novation und Delegation S. 35. 408, Witte krit. VJSchr. VIII S. 367).

[18] L. 9 § 1 D. h. t. Vorausgesetzt wird natürlich, daß eine theilweise

werden, eine Theilleistung anzunehmen[19]; eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Schuldner, auf das Ganze belangt, die Schuld theilweise zugesteht, theilweise bestreitet[20].

3. Der Gläubiger muß, was er erhalten hat, am rechten Ort erhalten haben (§ 282). Doch wird das Forderungsrecht getilgt, wenn er wissentlich an einem andern Orte annimmt, und bei Geldschulden kann er, auch wenn er unwissentlich an einem anderen Orte angenommen hat, nur sein Interesse nachfordern[21].

4. Es ist nicht erforderlich, daß der Gläubiger gerade durch den Schuldner erhalten habe, was er zu fordern hat. a. Das Forderungsrecht wird auch dadurch getilgt, daß ein Anderer für den Schuldner leistet[22]; Zustimmung des Schuldners ist nicht erforderlich, und nicht

---

Tilgung des Forderungsrechts möglich sei. S. darüber § 253 Note 11, § 255 Note 7. 20.

[19] L. 41 § 1 D. de usur. 22. 1. Gesterding Ausbeute III S. 410 fg., Mommsen Beiträge III S. 149 Note 14, Goldschmidt Handelsr. I § 63 Note 29, Gruchot S. 111—125. Seuff. Arch. XXIII. 120. A. M. (ganz vereinzelt) Savigny Obl. I S. 322. — WO. Art. 38. „Der Inhaber des Wechsels darf eine ihm angebotene Theilzahlung selbst dann nicht zurückweisen, wenn die Annahme auf den ganzen Betrag der verschriebenen Summe erfolgt ist".

[20] L. 21 D. de R. C. 12. 1. Andere verstehen diese Stelle nur von einem gütlichen Zureden des Richters (Madai Mora S. 238, Wolff Mora S. 427), oder halten sie für antiquirt (Sintenis II § 84 Anm. 41, [Dernburg II § 55 Note 6 2. Aufl. Note 7]), oder glauben, daß sie nur von einer Beschränkung der Klage, nicht von einer Verpflichtung des Gläubigers zur Annahme rede (Gesterding a. a. O. S. 418. 419.) Für die hier vertheidigte Ansicht s. Fritz Erläuter. II S. 107, Mommsen a. a. O. S. 148. Der Letztere fügt aber mit Recht hinzu, daß der Gläubiger auch in diesem Ausnahmefalle zur Annahme einer Theilleistung nicht gegen sein nachweisbares Interesse genöthigt werden könne.

[21] L. 9 l. 2 § 7 D. de eo quod certo loco 13. 4. — Daß der Gläubiger auch zur rechten Zeit erhalten habe, ist nicht nothwendig. Nur muß der Schuldner, wenn er später leistet, damit das ganze Forderungsrecht getilgt sei, auch das durch seinen Verzug hervorgerufene Interesse des Gläubigers hinzuleisten. Leistet der Schuldner früher, als der Gläubiger anzunehmen braucht, und der Gläubiger nimmt irrthümlich an, so kann dem Gläubiger höchstens eine Nachforderung seines Interesse (nach Analogie von l. 2 § 7 D. de eo quod certo loco) zugestanden werden.

[22] Für den Schuldner, um dessen Schuld zu tilgen. Wenn der Leistende mit der Leistung seine Schuld tilgen will, so wird das Forderungsrecht nicht aufgehoben. L. 31 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 38 § 2 i. f. D. h. t., l. 19 § 1 l. 65 § ult. D. de cond. ind. 12. 6, l. 5 C. eod. 4. 5; über l. 5 l. 12 § 1 C. de P. H. 3. 31 und l. ult. i. f. D. de neg. gest. 3. 5 s. Kämmerer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 196—206. 341—348, und was die neuere Literatur angeht, Francke Commentar über den Titel de Hereditatis Petitione S. 322 fg. und die das. Citirten, außerdem H. Witte Bereicherungsklagen S. 26 fg., Arndts RLex. V S. 230 Anm. 132, Vangerow II § 508 Nr. IV. 1, [Ruhstrat Arch. civ. Pr. LXVII S. 417 fg.]. Doch steht in dem Falle, wo der Leistende kein Rückforderungsrecht hat, dem zum zweiten Mal fordernden Gläubiger

einmal sein Widerwille schädlich[23]. Der Gläubiger darf auch die von einem Andern angebotene Leistung nicht zurückweisen[24]; es müßte denn die Qualität der Leistung durch die Person des Schuldners bedingt sein[25]. b. Auch dann ist das Forderungsrecht getilgt, wenn der Gläubiger auf dem Executionswege erhalten hat, was er zu fordern hat[26], oder wenn er es sich auf Grund seines Pfandrechts selbst verschafft hat[27].

5. Ebensowenig ist erforderlich, daß der Gläubiger in eigener Person erhalten habe, was er zu fordern hat; auch wenn er es in der Person eines Anderen erhalten hat, ist das Forderungsrecht getilgt[28]. In der Person eines Anderen aber hat er erhalten, wenn einem zu seiner Vertretung Befugten geleistet worden ist[29], oder einem dazu nicht Befugten mit seinem Willen, mag dieser Wille vorher[30] erklärt worden sein, oder nachher[31]. Was den Fall vorhergehender Willenserklärung angeht, so ist noch zu unterscheiden. a. Der Gläu-

---

eine Einrede entgegen. L. 31 pr. i. f. D. de H. P. 5. 3, vgl. l. 61 D. h. t. (Note 40). Vgl. § 343a.

[23] L. 38 [39] D. de neg. gest. 3. 5: — „solvendo quisque pro alio, licet invito et ignorante, liberat eum". L. 23. 40. 53 D. h. t., pr. I. quib. mod. toll. 3. 29.

[24] L. 72 § 2 D. h. t., vgl. auch l. 31 eod. Offenbar wäre es Chikane von Seiten des Gläubigers, wenn er eine Leistung zurückweisen wollte, welche ihm ganz dasselbe gewährt, was er durch die Leistung des Schuldners haben würde. Vgl. aber auch Sintenis II § 103 Anm. 37, Gruchot S. 22.

[25] L. 31 D. h. t. Hierher gehört auch, wenn die Person des die Leistung Anbietenden dem Gläubiger ganz unbekannt ist, so daß derselbe sich nicht darüber unterrichten kann, ob dem Anbietenden zu trauen, namentlich ob er Eigenthümer des Angebotenen ist.

[26] Vgl. § 173 Note 5. CPO. § 720: „Die Empfangsnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher gilt als Zahlung von Seiten des Schuldners . .".

[27] L. 26 D. h. t., l. 10 C. de O. et A 4. 10. Vgl. auch I § 238 Note 5.

[28] L. 19 C. h. t. „Si actore . . debitis recipiendis praeposito . . eius dominae per ipsum fecisti satis . .". L. 59 D. h. t.: — „dum . . adiecto solvitur, mihi solvi videtur". L. 180 D. de R. I. 50. 17: „Quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset".

[29] So namentlich seinen Vormund (l. 14 § 7 l. 49 D. h. t., s. aber auch l. 25 C. de adm. et per. 5. 37 und § 441 Note 1), seinem Bevollmächtigten (l. 11 § 5 D. de pign. act 13. 7, l. 12 pr. l. 34 § 3 D. h. t., l. 19 C. eod., l. 6 § 2 D. de cond. ind. 12. 6). Vgl. l. 86 D. h. t.: „Hoc iure utimur, ut litis procuratori non recte solvatur . .". HGB. Art. 49—51. 296. Art. 51: „Wer die Waare und eine unquittirte Rechnung überbringt, gilt deshalb noch nicht für ermächtigt, die Zahlung zu empfangen". Vgl. noch Seuff. Arch. XXII. 123 (Zahlung an den mit der Pfändung beauftragten Amtsdiener befreit), XXIX. 25.

[30] L. 11 § 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 12 § 1—3 l. 49. 59. 64. 106 D. l. 4. 12 C. h. t. Vgl. § 412 Note 9.

[31] L. 12 § 4 l. 49 D. l. 12 C. h. t.

biger beauftragt den Schuldner, weist den Schuldner an, gestattet dem Schuldner, einem Andern zu leisten; durch eine solche Beauftragung oder Anweisung oder Gestattung ist der Gläubiger nicht gebunden[32]; ebensowenig gilt sie für seine Erben, oder für die Erben des Schuldners[33]. b. Der Gläubiger räumt dem Schuldner das Recht ein, sich durch Leistung an einen Andern zu befreien[34]. Durch eine solche Einräumung ist der Gläubiger gebunden[35]; ebenso sind es seine Erben, wie umgekehrt die Erben des Schuldners sich auf dieselbe berufen können[36]. Der Schuldner verliert aber das ihm eingeräumte Recht dadurch, daß er es bis zur Erhebung des Processes durch den Gläubiger kommen läßt[37]; ferner dadurch, daß in der rechtlichen Lage des dritten Leistungsempfängers eine Veränderung eintritt, durch welche dem Gläubiger die Verfolgung seiner Ansprüche gegen denselben erschwert werden würde[38]. — Auch dadurch wird der Schuldner befreit, daß er auf Anweisung des Gläubigers das Verschuldete einem Andern verspricht[38a].

---

[32] L. 12 § 2 l. 106 D. h. t.

[33] L. 32 D. h. t., l. 26 § 1 D. mand. 17. 1, l. 19 § 3 D. de don. 39. 5, l. 77 § 6 D. de leg. II° 31.

[34] Was sogleich bei der Begründung des Forderungsrechts geschehen kann, oder nachträglich. Denjenigen, an welchen zu leisten dem Schuldner sogleich bei der Begründung des Forderungsrechts das Recht eingeräumt wird, nennen die Römer solutionis causa adiectus. Als Formel für die Aufnahme eines solutionis causa adiectus erscheint in den Quellen: mihi *aut* illi dare spondes? Vgl. z. B. § 4 I. de inut. stip. 3. 19, s. aber auch l. 141 § 6 D. de V. O. 45. 1, l. 98 § 5 D. h. t. Auch heutzutage wird ein solches „oder" nicht anders auszulegen sein. S. über den solutionis causa adiectus die Abhandlung von Brandis Rhein. Museum V S. 257 fg., ferner Fritz Erläuter. II S. 384—390, Vangerow III § 582 Anm. 2, Sintenis II S. 407—411, Gruchot S. 55—59.

[35] L. 12 § 2 l. 106 D. h. t., l. 16 pr. D. de fidei. 46. 1, § 4 I. de inut. stip. 3. 19.

[36] Es gilt das gewöhnliche Recht des Vertrages.

[37] L. 57 § 1 D. h. t., l. 16 pr. D. de fidei. 46. 1. Vgl. I § 125 Note 12.

[38] L. 38 pr. D. h. t., vgl. l. 95 § 6 D. eod., l. 56 § 2 D. de V. O. 45. 1. — Man bemerke noch: a) der Schuldner darf nur an den Andern selbst leisten, nicht an seine Erben (l. 81 pr. D. h. t., l. 55 D. de V. O. 45. 1) nicht an seinen Vormund (l. 95 § 7 D. h. t., vgl. l. 11 eod.); b) es können für die dem Andern zu machende Leistung Bestimmungen getroffen werden, welche für die dem Gläubiger zu machende nicht gelten (l. 34 § 2 l. 98 § 4. 6 D. h. t., l. 44 § 4 D. de O. et A. 44. 7, l. 141 § 5 sqq. D. de V. O. 45. 1); c) der Andere ist nur Empfangsperson, er ist in keiner Weise forderungsberechtigt (l. 10 D. h. t., l. 10 D. de nov. 46. 2, l. 7 § 1 D. de pec. const. 13. 5, l. 33 D. de pign. 20. 1, l. 23 D. de fidei. 46. 1).

[38a] L. 21 § 1 D. de don. 39. 5, l. 37 § 4 D. de op. lib. 38. 1. Es ist darin eine Combination des hier erwähnten Falles mit einer in solutum datio enthalten. S. übrigens Note 15.

6. Möglicherweise kann die einem Nichtgläubiger gemachte Leistung eine Tilgung des Forderungsrechts bewirken oder herbeiführen, ohne daß in der Person des Leistungsempfängers dem Gläubiger geleistet wird. Dieß ist der Fall: a) wenn der Empfänger hinterher Gläubiger des Leistenden wird[39]; b) wenn er das Empfangene dem Gläubiger herausgibt[40]; c) wenn der Gläubiger ihn beerbt[41]; d) in einem ganz einzelnen Fall wird der Schuldner auch durch die dem Gläubiger seines Gläubigers gemachte Leistung frei[42]. Ferner darf dem Nichtgläubiger mit befreiender Wirkung geleistet werden: e) wenn derselbe an der Forderung ein Pfandrecht oder einen ihn zur Einziehung derselben berechtigenden Nießbrauch hat[43], oder wenn ihm durch richterliche Verfügung die Forderung zur Einziehung überwiesen worden ist[44], und endlich f) wird der Schuldner durch die Leistung an den

[39] L. 96 § 4 D. h. t.

[40] L. 28 D. h. t. (vgl. l. 58 pr. eod., l. 30 [31] § 6 D. de neg. gest. 3. 5; l. 88 D. h. t.), l. 34 § 9 D. h. t. Vgl. l. 61 D. h. t. „In perpetuum, quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit et tibi nihil absit, nec quod solutum est repeti possit, competit liberatio“.

[41] L. 11 § 5 D. de pign. act. 13. 7.

[42] Wenn der Aftermiether den Miethzins, welchen er dem Aftervermiether schuldig ist, dem ersten Vermiether zahlt, l. 11 § 5 D. de pign. act. 13. 7. Andere (Puchta § 288. b, Arndts § 263. d, Sintenis § 103 Anm. 75) stellen den Satz auf, daß der Schuldner in allen Fällen durch die Leistung an den Gläubiger des Gläubigers befreit werde. Dagegen W. Müller Arch. f. civ. Pr. XV S. 263 fg., Busch das. XXXI S. 12—20, Fritz Erläuter. II S. 383, Vangerow III § 582 Anm. 1. Man stützt jenen Satz hauptsächlich auf l. 6 D. de doli exc. 44. 4; aber diese Stelle kann ohne Zwang von der durch die Zahlung an den Gläubiger des Gläubigers dem Schuldner gegen den Gläubiger entstandenen Gegenforderung verstanden werden (so Fritz, Vangerow, während Müller die Stelle auf den Fall bezieht, wo der Gläubiger den Schuldner arglistigerweise zur Zahlung an seinen Gläubiger veranlaßt habe). Vangerow und Busch leugnen aber auch die oben auf Grund von l. 11 § 5 D. de pign. act. behauptete Ausnahme (die beiden anderen Schriftsteller haben auf diese Stelle keine Rücksicht genommen), Vangerow, indem er die l. 11 § 5 cit. ebenfalls aus der dem Schuldner entstandenen Gegenforderung erklärt, Busch, indem er Einwilligung des Gläubigers voraussetzt. Das Letztere halte ich für willkürlich; gegen das Erstere spricht die Zusammenstellung mit dem procurator und demjenigen, welchem nach dem Willen des Gläubigers geleistet worden ist. Mir scheint die Auffassung der Stelle diese zu sein: der Aftermiether nimmt dem ersten Miether gleichsam einen Theil der Miethe ab, und zahlt daher, indem er an den ersten Vermiether zahlt, an den rechten Mann. Aus der Praxis: Seuff. Arch. VII. 15, XXX. 126. — Keine Ausnahme bildet die Befugniß des Schuldners, im Falle des Concurses des Gläubigers an dessen Gläubiger zu leisten; hier macht sich ein anderer Gesichtspunkt geltend. S. Note 44.

[43] S. I § 239 Note 10. § 206 Note 9.

[44] CPO. § 736. Unter diesen Gesichtspunkt gehört auch der Fall, wo die Forderung durch die Concursgläubiger des Gläubigers geltend gemacht wird. KO. § 5. Vgl. auch Sintenis II § 103 Anm. 50.

Nichtgläubiger auch dann frei, wenn er früher befugt war, demselben zu leisten, und er ohne seine Schuld nicht weiß, daß diese Befugniß erloschen ist[45].

7. [Setzt die Erfüllung Annahme des Gläubigers voraus[45a], so wird durch die Erfüllung das Forderungsrecht nicht getilgt, wenn] dem Gläubiger die Veräußerungsfähigkeit mangelt[46]. Doch steht ihm, wenn er zum zweiten Mal fordert, eine Einrede entgegen, so weit er bereichert ist[47].

§ 343*.

Wenn dem Gläubiger, welcher empfangen hat, gegen den Schuldner, welcher geleistet hat, mehrere Forderungsrechte zustehen, und das Geleistete seiner Qualität nach einem jeden der Forderungsrechte Genüge leistet, ohne seiner Quantität nach für alle auszureichen[1], so entsteht die Frage, auf welches oder welche der mehreren Forderungsrechte das Geleistete angerechnet werden soll. Hierüber entscheidet zuerst die von dem Schuldner bei der Leistung getroffene Bestimmung[2], vorausgesetzt daß der Gläubiger ihr bei der Annahme keinen Widerspruch entgegensetzt[2a]. Erklärt dagegen der Gläubiger bei der Annahme, das Geleistete auf ein anderes als das vom Schuldner bezeichnete Forderungsrecht annehmen zu wollen, so wird keines der beiden Forderungs-

[45] Vgl. auf der einen Seite l. 34 § 4 D. h. t., auf der anderen l. 12 § 2 l. 18 l. 32 l. 34 § 3 l. 35 l. 38 § 1 l. 51 D. h. t., l. 3 C. h. t., l. 26 § 8 D. de cond. ind. 12. 6, l. 26 § 1 D. mand. 17. 1, § 10 I. eod. 3. 26, l. 19 § 3 D. de don. 39. 5; ferner § 331 zu Note 12. Noch weiter geht l. 31 § 1 i. f. D. de R. C. 12. 1, deren Entscheidung aber wohl aus der Eigenthümlichkeit des Sclavenverhältnisses zu erklären ist. Vgl. auch Seuff. Arch. XXIX. 225. Scheincession: Regelsberger Arch. f. civ. Pr. LXIII S. 175 und in Endemann's Handb. d. Handelsr. II S. 408.

[[45a] Was nicht nothwendig ist, z. B. Ausführung eines Auftrags.]

[46] L. 15. 66 D. h. t., § 2 I. quib. al. 2. 8. Zwar ist es nicht die Annahme, welche das Forderungsrecht vernichtet, sondern der durch die Annahme bewirkte Zustand der Befriedigtheit; aber ohne die Annahme wäre dieser Zustand nicht eingetreten.

[47] L. 66 cit., § 2 cit., l. 4 § 4 D. de doli exc. 44. 4.

* Funke Beiträge zur Erörterung prakt. Rechtsmaterien Nr. 4 (1820). v. Buchholz juristische Abhandlungen Nr. 28 (1833). Henrici Jahrb. f. Dogm. XIV S. 428 fg. (1875). Struckmann das. XV S. 251 fg. (1877). Gruchot S. 220—236. Fritz Erläuterungen II S. 391—394, Unterholzner I S. 463—464, Vangerow III § 589 Anm., Sintenis II S. 395—404.

[1] Der bei Weitem wichtigste unter den hierher gehörigen Fällen ist der des Zusammentreffens mehrerer Geldforderungen. § 343.

[2] L. 1 l. 101 § 1 D. h. t., l. 1 C. h. t. Stillschweigende Bestimmung: Henrici S. 459 fg.

[2a] In dem Nichtwiderspruch liegt die Erklärung des Consenses zu der von dem Schuldner getroffenen Bestimmung. L. 2 D. h. t. (Note 3).

rechte getilgt, weder das vom Schuldner noch das vom Gläubiger bezeichnete[2b], und der Gläubiger ist zur Rückgabe des Empfangenen

[2b] A. M. Henrici und Struckmann a. a. OO., welche der Meinung sind, daß das von dem Schuldner bezeichnete Forderungsrecht getilgt sei. [Ebenso Dernburg II § 55 Note 19 (22).] Aber der Schuldner kann nicht durch seine einseitige Erklärung seiner Leistung die Richtung auf ein bestimmtes Forderungsrecht geben. So gut wie Consens der Parteien darüber erforderlich ist, daß das Gegebene und Empfangene (die durch Geben und Empfangen bewirkte Vermögensvermehrung) überhaupt zum Zweck der Tilgung eines Forderungsrechts, und nicht zu irgend einem andern Zweck, dienen soll, so gut ist Consens darüber erforderlich, welches Forderungsrecht durch die Leistung des Schuldners getilgt werden soll. Die genannten Schriftsteller scheinen von der Vorstellung auszugehen, es habe die dem Gläubiger zum Zweck der Tilgung eines bestimmten Forderungsrechts verschaffte Vermögensvermehrung die Tilgung dieses Forderungsrechts kraft rechtlicher Nothwendigkeit zur Folge (Struckmann: in der widersprechenden Erklärung des Gläubigers liege eine „protestatio facto contraria"). Aber dieß ist nicht richtig; die dem Gläubiger verschaffte Vermögensvermehrung hat die Tilgung eines Forderungsrechts kraft der durch den Parteiwillen in dieselbe gelegten Kraft zur Folge, und dieser Parteiwille kann, wie gesagt, als einseitiger auf rechtliche Beachtung keinen Anspruch machen; sonst müßte ja auch der Wille des Schuldners in dem Falle entscheiden, wann der Gläubiger erklären würde, das Geleistete als Schenkung oder als aus irgend einem anderen Grunde gegeben annehmen zu wollen. Man wird sich auch nicht darauf berufen dürfen, daß der Gläubiger die Willenserklärung des Schuldners nicht trennen dürfe, daß er nicht das eine Stück derselben acceptiren und das andere Stück unacceptirt lassen dürfe. Wäre diese Behauptung richtig, so würde sich daraus ergeben, daß die Acceptation des Gläubigers überhaupt keine rechtliche Kraft hätte, nicht aber, daß in dem acceptirten Stück auch dasjenige Stück mit acceptirt sei, dessen Acceptation der Gläubiger ausdrücklich abgelehnt hat. Aber die Behauptung ist nicht richtig. Beweis dafür ist, daß auch in dem Falle, wo der Consens der Parteien über den Grund der Vermögensverschaffung durch Irrthum ausgeschlossen ist, die Vermögensverschaffung selbst nicht ausgeschlossen ist. Hierüber herrscht zwar Meinungsverschiedenheit, vgl. I § 172 Note 15; aber, wer sich zu der entgegengesetzten Meinung bekennt, darf, wie gesagt, in dem hier zur Frage stehenden Fall nicht Tilgung des von dem Schuldner bezeichneten Forderungsrechts annehmen, sondern muß den Gläubiger gar nicht Eigenthümer werden lassen. Man verwechsle nur nicht die beiden Sätze: der Gläubiger darf die Willenserklärung des Schuldners in der Acceptation nicht trennen, und: er muß die Willenserklärung des Schuldners nehmen, wie sie ist, er kann sie zu keiner anderen machen. Der letzte Satz ist unbestreitbar richtig, und ich bin weit davon entfernt, gegen denselben verstoßen zu wollen. Aber aus demselben folgt auch nur, daß der Gläubiger nicht bewirken kann, daß die Vermögensverschaffung des Schuldners nicht zum Zweck der Tilgung dieses bestimmten Forderungsrechts gemacht sei (s. die folgende Note); es folgt daraus nicht, daß es nicht in der Macht des Gläubigers stände, die Erreichung dieses Zweckes zu vereiteln. — Uebrigens macht Struckmann mit Recht darauf aufmerksam, daß im einzelnen Falle zuzusehen sei, ob nicht der Gläubiger, welcher das ihm Geleistete auf eine andere als die vom Schuldner bezeichnete Forderung annehmen zu wollen erklärt, gar nicht die Absicht hat, sich das Geleistete anzueignen, vielmehr nur die Absicht, es einstweilen für den Schuldner zu detiniren, in welchem Fall in der Erklärung des Gläubigers ein Vorschlag zu einem neu abzuschließenden Zahlungsvertrag liegt.

verpflichtet[2c]. Hat der Schuldner eine Bestimmung nicht getroffen, so steht es dem Gläubiger frei, eine solche bei der Annahme[2d] zu treffen, jedoch nur[3] im Interesse des Schuldners, so daß der Gläubiger freie Hand bloß dann hat, wenn das Interesse des Schuldners die Tilgung keines der mehreren Forderungsrechte vorzugsweise verlangt[4]. Hat keine der Parteien eine Bestimmung getroffen, so wird die Leistung angerechnet[4a] a) zuerst auf die Zinsen; b) zuerst auf die fällige Forderung[6]; c) zuerst auf die dem Schuldner beschwerlichere[7]; d) zuerst auf das, was der Schuldner in eigenem Namen schuldig ist[8]; e) zuerst auf die ältere Forderung[9]. Entscheidet keiner dieser verschiedenen Gründe, so wird das Geleistete verhältnißmäßig auf die verschiedenen Forderungen vertheilt[10]. Besser ist der Gläubiger gestellt, wenn er durch Pfandverkauf sich selbst Befriedigung verschafft.

[2c] Der Schuldner hat ein Rückforderungsrecht, weil die Voraussetzung seiner Leistung nicht eingetreten ist, wie er zurückfordern kann, wenn er ein zur Tilgung der Schuld nicht taugliches Object (l. 38 § 3 D. h. t.) oder wenn er an eine zur Annahme mit tilgender Wirkung nicht berechtigte Person (l. 14 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4) geleistet hat. Vgl. § 427 Note 4. Man könnte auch an die condictio furtiva denken, nach Analogie von l. 18 D. de cond. furt. 13. 1, l. 38 § 1 D. de sol. 46. 3 und der übrigen § 426 Note 16 und § 427 Note 4 genannten Stellen, in welchem Fall der Gläubiger gar nicht Eigenthümer geworden sein würde. Aber es fehlt der animus lucri faciendi. — Der Gläubiger hat kein Compensationsrecht; denn sonst wäre im Resultat doch diejenige Forderung getilgt, welche der Gläubiger will.

[2d] L. 1 D. h. t., l. 1 C. h. t. Bei der Annahme: indem er annimmt, oder unmittelbar nachdem er genommen hat. L. 1 i. f. D. cit.: „constituere in re praesenti, i. e. statim atque solutum est".

[3] Die im Folgenden bezeichnete Beschränkung bezieht sich eben nur auf den Fall, wo der Gläubiger eine Bestimmung **bei** der Annahme trifft. Trifft er eine Bestimmung **vor** der Annahme, so ist er unbeschränkt; der Schuldner kann dann mit der Leistung zurückhalten, macht er sie aber dennoch, so unterwirft er sich der vom Gläubiger getroffenen Bestimmung. L. 2 D. h. t.: — „ut vel creditori liberum sit non accipere vel debitori non dare, si alio nomine exsolutum quis eorum velit". Ungenau frühere Ausgaben dieses Lehrbuchs.

[4] L. 1 l. 3 pr. l. 5 § 3 l. 6 D. h. t. [A. M. **Dernburg** II § 55 Note 19 (22).]

[4a] **Henrici** a. a. O. S. 466 fg. nimmt an, daß die im Nachfolgenden genannten Regeln nur in dem Falle Platz greifen, wo nicht nachträglich eine Einigung der Parteien darüber erfolge, welche Forderung getilgt sein solle. Dagegen **Struckmann** a. a. O. S. 262 fg.

[5] L. 1 C. h. t., l. 5 § 2 l. 48 D. eod. **Seuff.** Arch. I. 191. 192, X. 121, XV. 16, XXI. 228. Blätter für RAnw. zun. in Bayern XXXIV S. 241 fg.

[6] L. 3 § 1 l. 103 D. h. t.

[7] L. 4 l. 5 pr. l. 7 l. 94 § 3 l. 97 D. h. t. **Seuff.** Arch. X. 23, XV. 193.

[8] L. 4 l. 97 D. h. t.

[9] L. 5 pr. l. 24 l. 97 D. h. t.

[10] L. 8 D. h. t.

Hier kann er das erlangte Kaufgeld anrechnen auf welche Forderung er will, selbst auf eine natürliche Verbindlichkeit vor der juristischen[11].

§ 343a*.

Wenn der Gläubiger Dasjenige, was er zu fordern hat, zwar erhalten hat, aber nicht auf sein Forderungsrecht, sondern auf ein anderes Forderungsrecht oder überhaupt nicht auf ein Forderungsrecht[1], so darf man nicht sagen, daß das Forderungsrecht des Gläubigers erfüllt sei[1a]. Aber obgleich es nicht erfüllt ist, ist es dennoch untergegangen, weil es dem Gläubiger nur deßwegen gegeben war, damit er erhalte, was er nun hat[2]. Die näheren Bestimmungen dieses Satzes sind folgende.

1. Daß der Gläubiger erhalten habe, was er zu fordern hat, darf nicht schon dann gesagt werden, wenn er eine Leistung gleichen Inhalts erhalten hat, wie diejenige ist, welche er zu fordern hat[3], sondern nur dann, wenn derselbe concrete Erfolg hergestellt ist, auf dessen Herstellung sein Forderungsrecht ging[4].

---

[11] L. 5 § 2 l. 73 l. 101 § 1 D. h. t., l. 35 pr. D. de pign. act. 13. 7. Doch ist auch in diesem Fall der Gläubiger nicht ganz unbeschränkt: l. 5 § 2 l. 96 § 3 D. h. t. Dernburg Pfandrecht II S. 211 fg. Vgl. Henrici S. 473. 480 fg. Entsch. d. RG. XIII S. 191.

* W. Sell über die römischrechtliche Aufhebungsart der Obligationen durch concursus duarum causarum lucrativarum (1839). Mommsen Beiträge I S. 255—262 (1853). (Dazu Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. II S. 130—134, und wieder Mommsen Beiträge III S. 413—415.) Arndts Forts. von Glück XLVI S. 249 fg. (1868). Hartmann die Obligation S. 1—114 (1875). (Dazu Scheurl krit. VJSchr. XVIII S. 481 fg., Pernice Zeitschr. f. Handelsr. XXI S. 318 fg., Rümelin Gött. gel. Anzeigen 1876 S. 929 fg.). K. Schmidt Jahrb. f. Dogm. XX S. 411 fg. (1882). [Salkowski Forts. von Glück XLIX S. 122 fg.] Unterholzner I § 261, Sintenis II S. 500—503, Brinz 2. Aufl. II § 292.

§ 343a. [1] Durch Erbschaft, Vermächtniß, Schenkung. Oder auch durch Naturgewalt, z. B. das Forderungsrecht ging auf Wegräumung einer Erdwand, und dieselbe ist durch einen Erdrutsch beseitigt. — [Den Beweis, daß der Gläubiger auf sein Forderungsrecht erhalten habe, muß der Schuldner führen. Unger S. 536. Seuff. Arch. XLII. 201.]

[1a] Abgesehen wird hier von dem Fall, wo ein Forderungsrecht mit Rücksicht auf ein anderes in der Weise begründet wird, daß die Erfüllung des einen zugleich die Erfüllung des anderen sein soll. Dieß ist der Fall bei der s. g. accessorischen Stipulation (§ 301), und bei dem constitutum debiti alieni, und würde der Fall sein bei der Correalobligation, wenn bei derselben Mehrheit der Forderungsrechte anzunehmen wäre.

[2] L. 61 D. de solut. 46. 3. „In perpetuum quotiens id quod tibi debeam ad te pervenit et tibi nihil absit nec quod solutum est repeti possit, competit liberatio". [Vgl. l. 31 pr. D. de H. P. 5. 3 (exceptio).]

[3] L. 66 § 2. 3 D. de leg. II° 31 (vgl. § 255 Note 21), l. 87 pr. eod., l. 17 D. de solut. 46. 3.

[4] Der gewöhnlichste unter den hierher gehörigen Fällen ist der, daß dem

2. Der Gläubiger muß dasjenige, was er zu fordern hat, nicht bloß überhaupt erhalten haben, sondern auch mit dem gleich günstigen Resultat für sein Vermögen, welches stattgefunden haben würde, wenn er es auf sein Forderungsrecht erhalten hätte. Ist dieß nicht der Fall, so dauert sein Forderungsrecht fort auf die Differenz[5]. Hieraus ergibt sich, daß das Forderungsrecht schlechthin nur dann untergeht, wenn sowohl es selbst als die anderweitige Erlangung des zu Leistenden eine reine Bereicherung für den Gläubiger enthält[6].

Gläubiger die concrete Sache verschafft worden ist, auf deren Verschaffung sein Forderungsrecht ging, und von diesem Fall sprechen die Quellen allein. Aber das Gleiche gilt, wenn an einer concreten Sache diejenige Arbeit hergestellt worden ist, welche an derselben hergestellt werden sollte (vgl. Note 1); ferner wenn der aus einer concreten Thatsache erwachsene Schaden ersetzt worden ist, auf dessen Ersatz das Forderungsrecht ging. Mit dem zuletzt erwähnten Fall steht in nahem Zusammenhang der von Hartmann S. 85 angeführte: das Forderungsrecht ging „auf Ergänzung eines bestimmten defect gewordenen Viergespanns oder eines incompletten literarischen Werkes"; die Ergänzung ist eingetreten. Man denke auch an den Fall, daß die generisch bestimmte Leistung, auf welche das Forderungsrecht ging, ihrer Natur nach unwiederholbar ist, z. B. Verschaffung einer Anstellung (vgl. l, 49 § 1 D. de leg. II° 31), Vgl. überhaupt Hartmann S. 81 fg.

[5] Auf dasjenige „quod ei abest". Vgl. l. 61 D. de solut. 46. 3 (Note 2), l. 34 § 7. 8 l. 82 § 2 l. 108 § 4 de leg. I° 30. — Im Einzelnen: a) das Forderungsrecht war ohne Aufopferung erworben worden (es beruhte auf causa lucrativa), der Gläubiger hat aber für das Empfangene eine Aufopferung gemacht oder mit demselben eine Aufopferung übernommen; das Forderungsrecht dauert fort auf Ersatz der Aufopferung, § 6. 9 I. de leg. 2. 20, l. 34 § 7. 8 D. de leg. I° 30, l. 82 § 2. 4 l. 84 § 5 i. f. l. 108 § 6 eod., l. 102 § 2 de leg. III° 32. b. Das Forderungsrecht war zwar ebenfalls mit einer Aufopferung verbunden, aber die von dem Gläubiger für das Erhaltene gemachte oder zu machende ist größer. Doch läßt sich aus den Quellen kein ausdrückliches Zeugniß dafür beibringen, daß auch in diesem letzteren Falle die Differenz gefordert werden könne (über l. 10 D. de A. E. V. 19. 1 s. Hartmann S. 105 fg.), und so wird es von Anderen geleugnet. Mommsen I S. 258, Hartmann S. 108 fg. — Hat der Gläubiger die Leistung, welche er zu fordern hat, zwar erhalten, aber nicht so, daß er sie auch behalten kann, so wird es so angesehen, als habe er sie gar nicht erhalten. L. 34 § 8 l. 108 § 5 D. de leg. I° 30, l. 83 § 6 D. de V. O. 45. 1.

[6] In diesem Sinne sagen die Quellen; „Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset" (l. 17 D. de O. et A. 44. 7) oder: „Traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse" (§ 6 I. de leg. 2. 20), s. auch l. 83 § 6 D. de V. O. 45. 1. Früher betrachtete man diese Aufhebung des Forderungsrechts durch „concursus duarum causarum lucrativarum" gewöhnlich als auf positiver Bestimmung beruhend (so zuletzt auch wieder Brinz a. a. O.); in neuerer Zeit hat man sich bemüht, sie tiefer zu erfassen und auf ihre inneren Gründe zurückzuführen. So hat Mommsen a. a. O. die Aufhebung des Forderungsrechts aus der ohne Schuld des Schuldners eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung herzuleiten gesucht (vgl. l. 34 § 3 de

3. Daß der Gläubiger das, was er hat, nicht durch Erfüllung seines Forderungsrechts erhalten hat, zeigt sich wirksam darin, daß er

leg. I°, l. 108 § 4 eod., § 14 I. de act. 4. 6), und dieser Auffassung habe auch ich in früheren Auflagen dieses Lehrbuchs mich angeschlossen (vgl. auch Rümelin a. a. O. S. 959). Ich muß jetzt zugeben, daß mit dieser Auffassung der Sinn der Quellen nicht getroffen wird; die Quellen sehen den Grund der Aufhebung des Forderungsrechts darin, daß der Gläubiger hat, was er nach dem Forderungsrecht haben soll, daß ihm „nihil abest" (s. d. Stellen in Note 5). Aber warum ist das Forderungsrecht untergegangen, wenn der Gläubiger hat, was er nach dem Forderungsrecht haben soll, obgleich er es nicht auf sein Forderungsrecht erhalten hat? Man wird nach meiner Meinung sagen müssen: weil der das Forderungsrecht setzende Wille dasselbe nur zu dem Ende gesetzt hat, damit der Gläubiger erhalte, was er nun hat, also das Forderungsrecht für den Fall, welcher nun vorliegt, nicht gewollt hat. Vgl. l. 21 § 1 D. de leg. III° 32. Diese Auffassung kommt mit der von Arndts a. a. O. aufgestellten nahe zusammen oder stimmt ganz mit ihr überein. Uebereinstimmend auch Schmidt a. a. O., [Salkowski a. a. O. Widersprechend Dernburg II § 68 Note 10 [11].] Anders Hartmann a. a. O. Nach ihm ist das Forderungsrecht untergegangen, weil es seinem Begriffe nach nicht sowohl auf Bewirkung des nun vorhandenen Erfolges durch die Handlung des Schuldners, als vielmehr auf diesen Erfolg ging. Gegen diese Auffassung des Forderungsrechts habe ich mich schon oben (§ 251 Note 2) ausgesprochen. Ich glaube nicht, daß die Handlung des Schuldners ein dem Begriff der Obligation unwesentliches Moment ist. Die Obligation geht zwar nicht auf das Handeln des Schuldners als solches ohne Rücksicht auf seinen Inhalt, sondern auf das Handeln des Schuldners mit Rücksicht auf den durch dasselbe zu bewirkenden Erfolg; aber sie geht doch eben auf den zu bewirkenden Erfolg, also das Bewirken des Erfolgs. Ist dieser Erfolg eingetreten, ohne daß der Schuldner (oder statt seiner ein Anderer) ihn bewirkt hat, so ist die Obligation untergegangen, nicht weil sie erfüllt ist, sondern weil ihr Zweck erreicht ist. Mit der Kategorie des Zweckes operirt auch Hartmann; aber nach Hartmann's Auffassung ist mit der Erreichung des Zwecks der Obligation auch die Obligation selbst erfüllt. Hartmann sagt nicht: zwar ist nicht geschehen, was die Obligation wollte, aber sie ist doch untergegangen, weil der Zweck, welcher durch das gewollte Geschehen erreicht werden sollte, anderweitig erreicht ist; sondern er sagt: die Obligation ist deßwegen untergegangen, weil geschehen ist, was sie wollte. Scheurl, wenn ich ihn recht verstehe, drückt die hier gegen Hartmann vertretene Auffassung so aus: zwar ist nicht der Zweck der Obligation erreicht, wohl aber ihr Endzweck. — Hartmann bestimmt den Zweck der Obligation näher als Befriedigung eines concreten privaten Interesse des Gläubigers. Man wird sich diese Formel im Allgemeinen gefallen lassen können, aber es wird der Zweifel erlaubt sein, ob sie nicht zu unbestimmt ist. Jedenfalls muß es Bedenken erregen, wie Hartmann den so festgestellten Begriff des „Zwecks" im Einzelnen verwendet. So lehnt er es ab, daß der Zweck der Obligation auf Geben einer Dos sei, dem Gläubiger ein Aequivalent für die onera matrimonii zu verschaffen; vielmehr sei ihr Zweck, dem Gläubiger ein den Rechtsregeln für die Dos unterworfenes Vermögensstück zu verschaffen (S. 110 fg., vgl. unten Note 8). Ferner: zwar soll es der Zweck der Kaufobligation sein, dem Käufer die Kaufsache für einen gewissen Preis zu verschaffen; aber ihr „Cardinalzweck" sei doch, dem Käufer die Sache überhaupt zu verschaffen, und bei unserer Frage komme es gerade auf diesen „Cardinalzweck", nicht auf jenen „Zweck" an (S. 105 fg., vgl. Note 5 bei b). Ablehnend gegen

frei ist von der dem Schuldner seinerseits zu machenden Gegenleistung[7]. Ist dem Gläubiger das Forderungsrecht gegeben worden für eine Aufopferung, welche er unter allen Umständen machen muß, so verliert er sein Forderungsrecht gar nicht[8].

b. Beweis der Erfüllung.

§ 344.

Ueber den Beweis der Erfüllung enthält das römische Recht eine Reihe von besonderen Bestimmungen, welche aber zum größeren Theil durch die Gesetzgebung des neuen deutschen Reichs aus der praktischen Geltung beseitigt worden sind.

1. Die Erfüllung urkundlich feststehender Schulden soll auf dem Wege des Zeugenbeweises nur durch die Aussage von fünf Zeugen, und zwar zugezogenen Zeugen, bewiesen werden können[1]. Aufgehoben durch das Einführungsgesetz zur Reichscivilproceßordnung § 14 Nr. 2[2].

2. Quittungen sollen beweisen erst nach Ablauf von 30 Tagen. Während dieser Zeit können sie zurückgefordert, es kann auch ihre Beweiskraft durch einen gegen sie erhobenen Protest für immer ausgeschlossen werden; hat aber der Aussteller sich 30 Tage lang nicht gerührt, so macht die Quittung gegen ihn vollen, und zwar durch Gegenbeweis nicht zu entkräftigenden, Beweis[3]. Diese Vorschrift soll

---

die Kategorie des Zwecks auch Rümelin a. a. O., Mitteis die Individualisirung der Obligation S. 13. Was Pernice a. a. O. angeht vgl. S. 325, aber auch S. 322. [Ders. Zeitschr. f. HR. XXXIII S. 435.]

[7] Die Gegenleistung kann von ihm nicht gefordert werden, wenn er sie noch nicht gemacht hat, und er kann die gemachte zurückfordern. Paul. sent. II. 17 § 8, l. 84 § 5 D. de leg. I° 30, l. 9. 29 pr. D. de evict. 21. 2, l. 29. D. de A. E. V. 19. 1, l. 9 § 6 D. loc. 19. 2.

[8] In diesem Sinne entscheidet l. 19 D. de O. et A. 44. 7, daß der Mann das als Dos Versprochene immer noch fordern könne, wenn er es auch anderweitig erhalten habe: denn die Dos ist ihm versprochen worden als Entgelt für die onera matrimonii, und diese bleiben ihm unter allen Umständen. Vgl. die § 492 Note 3. 4 citirten Stellen. (An und für sich könnte der Schuldner sich lösen mit dem Ersatz der sämmtlichen onera matrimonii; aber das wird er nicht wollen, denn es ist nicht anzunehmen, daß die onera matrimonii geringer seien, als der Ertrag der Dos.) Die Erklärung, welche Hartmann S. 110 fg. von dieser Stelle gibt, setzt sich über die in ihr selbst gegebene Motivirung („quodammodo creditor vel emtor intellegitur qui dotem petit") als „schwankend und ungenau" hinweg, was mir gegenüber den § 492 Note 3 und 4 citirten Quellenaussprüchen als unzulässig erscheint.

[1] L. 18 C. de testib. 4. 20 und dazu Auth. *Rogati* aus Nov. 90 c. 2. § 344.

[2] Auch vorher schon wurde die praktische Geltung dieser Bestimmung vielfach geleugnet. S. die vierte und die früheren Auflagen dieses Lehrbuchs.

[3] Die exceptio non numeratae pecuniae gegen Empfangsbekenntnisse zum Zweck der Begründung von Obligationen (§ 372) ist durch l. 14 C. de non num.

keine Anwendung finden auf Quittungen über öffentliche Abgaben[4]. Die ganze Vorschrift ist aufgehoben durch das Einführungsgesetz zur Reichscivilproceßordnung § 17.

3. Bei öffentlichen Abgaben wird eine Rechtsvermuthung[5] für die Erfüllung in Betreff der früheren Termine durch die Quittungen über die drei letzten Jahre begründet[6]. Fast allgemein wird diese Bestimmung auf alle terminliche Leistungen überhaupt ausgedehnt[7]. — Auf Ausstellung einer Quittung hat der Schuldner ein Recht und kann bis zur Ausstellung mit der Erfüllung zurückhalten[8].

---

pec. 4. 30 auf Empfangsbekenntnisse zum Zweck der Aufhebung von Obligationen ausgedehnt worden. Gneist formelle Verträge S. 25—32. Vgl. die Lehre von der exc. non numeratae pecuniae gegen Empfangsbekenntnisse der ersten Art (§ 372); dort auch das Nähere über die abweichenden Ansichten von Bähr Anerkennung S. 291 (327) fg. (der Ablauf der dreißigtägigen Frist gebe nicht der Quittung Beweiskraft, sondern entziehe dem Aussteller die Möglichkeit des Gegenbeweises) und von Schlesinger Formalcontracte S. 279 fg. (die exc. non numeratae pecuniae gelte nur für den Fall, wo es feststehe oder der Aussteller binnen dreißigtägiger Frist bewiesen habe, daß die Quittung vor der Erfüllung ausgestellt worden sei. Vgl. auch Seuff. Arch. XXVI. 121, XXXI. 132. Wird der Gläubiger durch andere Beweismittel überführt, so wird er um den Betrag seiner Forderung gestraft (§ 263 Note 4).

4 L. 14 § 1 cit., l. 5 [4] C. de apoch. publ. 10. 22. Gneist a. a. O. S. 50.

5 Vgl. I § 133 Note 10. — Außer der im Text genannten Rechtsvermuthung werden sehr gewöhnlich noch zwei andere aufgestellt: a) aus der Rückgabe und b) aus der Durchstreichung oder sonstigen Zerstörung der Schuldurkunde. Aber die hierfür angeführten Stellen (l. 14. 15 C. h. t., l. 2 § 1 D. de pact. 2. 14, l. 24 D. de prob. 22. 3, l. 83 [82] § 3 D. de furt. 47. 2) ergeben keineswegs mit Sicherheit, daß die Rechtsvermuthung auf Befreiung gerade durch Erfüllung, und nicht vielmehr auf Befreiung überhaupt gestellt werden muß. Vgl. Vermehren Zeitschr. für Civ. u. Pr. XI S. 262 fg., Fritz Erläuter. II S. 395, Sintenis § 103 Note 91, Gruchot S. 205—220. Seuff. Arch. I. 202, V. 262, XIV. 18, XIX. 138. 223.

6 L. 3 C. de apoch. publ. 10. 22. Die Vermuthung wird begründet durch die Quittungen über die drei letzten Jahre, nicht durch die Quittungen über die drei letzten Termine; sie wird begründet durch die Quittungen über die drei letzten Jahre, nicht durch die Thatsache der Erfüllung, so daß die Quittung durch andere Beweismittel nicht ersetzt werden kann. S. Ph. v. Bülow Abhandlungen II S. 192—196, Sintenis II S. 415 in der Note.

7 Vgl. über diesen Punkt v. Bülow a. a. O. S. 194, Gesterding Arch. f. civ. Pr. IV S. 11, Sintenis § 103 Anm. 93 und die daselbst Genannten. Seuff. Arch. I 334. Dawider Gesterding und Sintenis an den hier genannten Orten. — Das Einführungsgesetz zur Reichscivilproceßordnung § 16 Nr. 1 erhält die zu 3 genannte Bestimmung aufrecht.

8 Vgl. l. 1 C. de apoch. publ. 10. 22, l. 19 C. de fide instr. 4. 21, l. 18 C. de test. 4. 20, Nov. 90 c. 2. Gesterding Arch. f. civ. Pr. IV S. 16 fg., Linde Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 224—250, Busch Arch. f. civ. Pr. XXXI S. 1—12, Platner das. L S. 252, Gruchot S. 186 fg., Blätter f. RAnw. zun. in Bayern XLI S. 49—52; abweichend Rudloff Arch. für civ. Pr. XLV

c. Verzug des Gläubigers*.

α. Voraussetzungen.

§ 345.

Wenn der Gläubiger die angebotene Erfüllung widerrechtlicherweise nicht annimmt, so kommt er in Verzug, wie der Schuldner in Verzug kommt, wenn er die Erfüllung der Forderung widerrechtlich verzögert (§ 276 fg.)[1].

Die näheren Voraussetzungen des Verzugs des Gläubigers sind folgende.

1. Anbieten der Erfüllung[2]. Dieses Anbieten muß ein thatsächliches, nicht bloß ein wörtliches sein, d. h. der Schuldner muß nicht bloß erklären, daß er zu der ihm obliegenden Leistung bereit sei, sondern er muß zu derselben auch thatsächlich bereit sein[3]. Was zur Leistungsbereitschaft gehört, hängt von dem Maße ab, in welchem der Schuldner zum Zweck der Bewirkung der Leistung ohne Mitwirkung des Gläubigers thätig werden kann. Ein sehr gewöhnlicher Fall ist

---

S. 170 fg., Dernburg Preuß. Privatrecht II § 96. Seuff. Arch. I 330, VIII. 246, IX. 19. 20. 21, XIII. 245, XX. 121, XXV. 18. Vgl. das. XXIII. 117 (der Schuldner darf auch bis zur Rückgabe der Schuldurkunde die Zahlung zurückhalten). Kosten der Quittung? Vgl. Gruchot S. 192—195.

* v. Madai die Lehre von der Mora § 36—42. 62—64. 69 (1837). Wolff zur Lehre von der Mora § 31—36. 43—44. 46 (1841). Mommsen die Lehre von der Mora (Beiträge zum Obligationenrecht B. III) § 14—18. 30—33. 36 (1855). Kohler Jahrb. f. Dogm. XVII S. 261—424 (1879). v. Schey Begriff und Wesen der Mora Creditoris im österr. u. im gem. R. (1884). (Darüber Demelius Grünhut's Zeitschr. XIII S. 457 fg.) Fritz Erläuterungen II S. 348 fg., Unterholzner I § 60—62, Sintenis II S. 210—219, Brinz 2. Aufl. II § 275. Unger in Haimerl's VJSchr. XIV S. 127 fg.

[1] Der mora debitoris oder solvendi entspricht eine mora creditoris oder accipiendi. § 345.

[2] v. Madai § 37, Wolff § 33, Mommsen § 15, Kohler S. 400 fg. (263 fg. 282 fg. 355 fg. 364 fg.), v. Schey S. 108 fg. 114 fg.; Sintenis S. 214.

[3] In diesem Sinne die Ausdrücke gefaßt, muß die „Oblation" (abgesehen von dem unten zu nennenden Ausnahmefalle) immer eine „Realoblation" sein, es genügt nie eine „Verbaloblation". Seuff. Arch. XIX. 134, XXX. 236, XXXII. 216. Häufig freilich bezeichnet man durch die genannten Ausdrücke einen anderen Gegensatz, nämlich den Gegensatz zwischen Anbieten mit unmittelbarer Darreichung des Leistungsgegenstandes, und Anbieten ohne eine solche Darreichung. In diesem letzteren Sinne die Ausdrücke gefaßt, ist „Realoblation" weit davon entfernt, immer erforderlich zu sein. S. das im Text sogleich Folgende. — Die Quellen sprechen im Allgemeinen von einem offerre (z. B. l. 26 D. sol. matr. 24. 3, l. 72 pr. § 2 D. h. t. 46. 3). Aber auch von einem paratum esse solvere (l. 3 § 4 D. de A. E. V. 19. 1, l. 39 D. h. t.) und davon, daß bei Abwesenheit der zu leistenden Sache vom Leistungsort ein offerre derselben nicht möglich sei (l. 72 § 3 D. h. t), ferner von einem denuntiare ut tollat (l. 1 § 3 l. 4 § 2 D. de per. 18. 6).

der, daß die Mitwirkung des Gläubigers nur in einem Zugreifen, Nehmen besteht. Hier muß der Schuldner Alles gethan haben, was erforderlich ist, damit der Gläubiger zugreifen, nehmen könne, wobei sich noch der wichtige Gegensatz bemerkbar macht, daß der Schuldner möglicherweise sich zum Zweck der Leistung bei dem Gläubiger einzufinden hat, möglicherweise die Abnahme der Leistung durch den Gläubiger erwarten darf[4]. Es kann aber auch sein, daß der Schuldner ohne die Mitwirkung des Gläubigers die ihm obliegende Leistung nicht beginnen oder nicht fortsetzen kann. In diesem Fall genügt es, daß der Schuldner sich in diejenige Lage versetzt habe, in welche er sich ohne Mitwirkung des Gläubigers versetzen konnte[4a]. Wörtliches Anbieten ist nicht erforderlich, wenn für die Mitwirkung des Gläubigers ein bestimmter Zeitpunkt festgesetzt ist und der Schuldner nicht mit der von seiner Seite erforderlichen Thätigkeit vorzugehen hat[4b]. Ist der Gläubiger abwesend, so kann die Anbietungserklärung vor Gericht (dem Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit) erfolgen[4c]. Thatsächliche Leistungsbereitschaft ist nicht erforderlich, wenn der Gläubiger im Voraus mit Bestimmtheit erklärt hat, die Leistung nicht annehmen zu wollen[5].

---

[4] Seuff. Arch. XXVI. 233. Entsch. d. RG. I S. 357.

[4a] Die hierher gehörigen Fälle sind zahlreich und von sehr verschiedener Art. S. namentlich Kohler S. 282 fg. 356 fg. 364 fg. 374 fg. Beispiele: Zu einem von dem Schuldner zu fertigenden Bildniß muß der Gläubiger seine Person stellen. Es ist ausgemacht, daß der Gläubiger zu einer von dem Schuldner zu fertigenden Arbeit den Gegenstand oder die Materialien liefern solle. Im gegebenen Fall kann der Betrag der zu zahlenden Schuld ohne die Mitwirkung des Gläubigers nicht festgestellt werden. Kauf einer durch den Verkäufer herzustellenden Waare, deren nähere Beschaffenheit durch den Käufer bestimmt werden soll, wie in dem interessanten von Römer in seinen Abhandlungen ꝛc. I S. 132 fg. behandelten Fall. Römer selbst, welcher mit Mommsen S. 170 fg. bei dem unmittelbaren Inhalt der Quellen stehen bleibt, leugnet für diesen Fall die Möglichkeit, den Gläubiger in Beziehung auf die Leistung in Verzug zu setzen, und nimmt nur die Möglichkeit einer Inverzugsetzung in Betreff der Wahl an. Vgl. § 346 Note 10. S. noch l. 6. 7. 8 pr. D. de opt. leg. 33. 5. — In Betreff des oben genannten Falles, wo die Mitwirkung des Gläubigers zum Zweck der Feststellung des Betrags der Schuld erforderlich ist, verweisen l. 4 C. de us. pup. 5. 56 und l. 5 C. de distr. pign. 8. 27 [28] den Schuldner auf den gerichtlichen Weg. Die Uebertragung auf andere Fälle ermangelt ausreichender Rechtfertigung. Und auch was jenen Fall angeht s. Seuff. Arch. XXXIV. 102.

[4b] Vgl. über die verschiedenen Auffassungen Mommsen S. 140. 173, Kohler S. 401 fg., v. Schey S. 115. 117.

[4c] L. 6 C. de usuris 4. 32. Mommsen S. 168.

[5] Mit Bestimmtheit erklärt hat — nicht also im Sinne einer bloß vorläufigen Meinungsäußerung, sondern in dem Sinne, daß er auch der Leistungsbereitschaft gegenüber keine andere Erklärung abgeben werde. Es kann von dem

2. Anbieten der Erfüllung[6]. Es muß angeboten werden: was der Gläubiger zu fordern hat (§ 342 Ziff. 1 und 2), — durch den Schuldner oder einen anderen zur Erfüllung Befähigten (§ 342 Ziff. 4), — dem Gläubiger, vorausgesetzt daß derselbe veräußerungsfähig ist (§ 342 Ziff. 7), seinem gesetzlichen Vertreter oder demjenigen, an welchen der Gläubiger den Schuldner verwiesen hat[7], — zu der Zeit, zu welcher, und an dem Orte, an welchem der Gläubiger anzunehmen gesetzlich verpflichtet ist (§ 273 a. E., § 282 a. E.).

3. Widerrechtliche Nichtannahme. Widerrechtlich ist die Nichtannahme, wenn die Annahme dem Gläubiger möglich war, ihm auch sonst kein Entschuldigungsgrund zur Seite steht, wie z. B. Irrthum über die Existenz oder den Umfang der Forderung. Jedoch ist dieses Erforderniß des Verzuges des Gläubigers sehr bestritten. Nach einer andern Ansicht soll der Verzug des Gläubigers durch jede Nichtannahme begründet werden, gleichviel ob sie ihm zur Schuld gereicht oder nicht[8]. Die Aussprüche der Quellen gewähren ein unzweifelhaftes Resultat nicht[9]. Als entscheidend muß aber angesehen werden,

---

Schuldner nicht verlangt werden, daß er einer solchen Erklärung gegenüber sich erst noch in Leistungsbereitschaft setze; er darf sich auf die Erklärung, wie sie abgegeben worden ist, berufen. Vgl. Wolff S. 407, Sintenis S. 218, Thöl Handelsr. 6. Aufl. I § 268 Note 16, Kohler S. 400 fg.; a. M. Mommsen S. 144. 176, Römer Abhandlungen I S. 141, v. Schey S. 111. Seuff. Arch. XXVIII. 116, XXXIII. 7.

[6] v. Madai § 38—40, Wolff § 34, Mommsen S. 145—160. 223—224. 314—316. Seuff. Arch. XXIV. 19. Vgl. Budde Entsch. des OAG. zu Rostock VII S. 117.

[7] Dahin gehört auch der mit der Verwaltung des ganzen Vermögens Beauftragte (l. 34 § 3 D. h. t.: — „is qui omnibus negotiis suis aliquem proponit, intellegitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant"), nicht aber der Specialprocurator; der dem Letzteren ertheilte Auftrag berührt den Schuldner nicht. Vgl. über die verschiedenen Ansichten: v. Madai S. 249, Wolff S. 423, Mommsen S. 315, Sintenis S. 217. Seuff. Arch. XXXII. 228.

[8] Für diese Ansicht sind namentlich Fritz S. 357, Sintenis S. 218 und besonders Kohler S. 265 fg. 409 fg. eingetreten. Ebenso Ernst in der § 276 Note * cit. Dissertation S. 63 fg. und Demelius Grünhut's Zeitschr. XIII S. 458 fg. Mommsen § 17 will dem Gläubiger Unmöglichkeit der Annahme kraft eines persönlichen Hindernisses zu Gute kommen lassen, nicht aber z. B. Irrthum. Der hier vertretenen Ansicht sind v. Madai § 36. 42 und namentlich v. Schey a. a. O. (welchem gegenüber Kohler seine Auffassung festgehalten hat in „Moderne Rechtsfragen bei islamitischen Juristen", 1885, S. 12). S. auch Wolff S. 405. 434—436. Zweifelnd Brinz 2. Aufl. II S. 308. 310. Am Wenigsten scheint mir die mittlere Meinung Mommsen's haltbar.

[9] Die Quellen sprechen im Allgemeinen von einem accipere nolle (z. B. l. 26 D. sol. matr. 24. 3, l. 73 § 2 D. de V. O. 45. 1), freilich auch von einem stare per creditorem quominus accipiat und von einer darin liegenden frustratio (l. 37 D. mand. 17. 1); aber auch diese letzteren Ausdrücke bezeichnen

daß der Verzug für den Gläubiger Nachtheile zur Folge hat, und Nachtheile, wo nicht eine unzweifelhafte gesetzliche Bestimmung das Gegentheil verordnet, nicht einem Unschuldigen auferlegt werden dürfen[10].[11]

Der Verzug des Gläubigers hört dadurch wieder auf[12], daß der

nicht nothwendig ein Schuldmoment. Wenn sodann in l. 72 pr. D. h. t. der Verzug des Gläubigers daran angeknüpft wird, daß er „sine iusta causa . . accipere recusavit", so bleibt es doch immer möglich, daß damit hat gesagt werden sollen, daß der Gläubiger eine nicht gehörige Leistung zurückweisen dürfe. [Entscheidendes Gewicht auf die beiden zuletzt genannten Stellen legt Dernburg II § 43 Note 9.]

[10] Man darf nicht sagen, daß der Schuldner ein Recht auf Annahme habe. Auch das Recht auf „Annahme oder Verzicht", für welches ich mich früher (Heidelb. krit. Zeitschr. III S. 269) ausgesprochen habe, ist nicht haltbar. Aber der Schuldner hat ein Interesse an der Annahme; die Nichtannahme hat Nachtheile für ihn zur Folge. Sollen ihm diese Nachtheile abgenommen werden? Es kommt zur Erwägung, daß, indem sie ihm abgenommen werden, sie dem Gläubiger auferlegt werden. Das ist nicht gerecht, wenn den Gläubiger kein Vorwurf trifft. Trifft ihn kein Vorwurf, so muß es bei der Thatsache bleiben, wie sie sich vollzogen hat. Ich kann nicht zugeben, daß dieses Argument durch Kohler widerlegt sei.

[11] Man hat sich von gegnerischer Seite auf l. 18 pr. D. de const. pec. 13. 5 und auf den Satz berufen, daß die Conventionalstrafe und die lex commissoria nicht verfallen, wenn der Gläubiger selbst ohne seine Schuld an der Annahme verhindert sei. Mit Unrecht. Die an die Nichterfüllung von der Rechtsordnung zu Lasten des Schuldners neu angeknüpften rechtlichen Folgen treffen nicht den unschuldigen Schuldner, und unschuldig ist er, wenn er anbietet und der Gläubiger nicht annimmt, aus welchem Grunde immer. Hier handelt es sich darum, ob der vorhandene rechtliche Zustand zum Vortheil des Schuldners und zum Nachtheil des Gläubigers abgeändert werden soll. Vgl. auch v. Schey S. 74. Scheinbarer ist die Berufung darauf, daß ein durch die Erfüllung (in seiner Existenz oder seiner Wirksamkeit) bedingter Anspruch des Schuldners gegen den Gläubiger ohne Weiteres geltend gemacht werden kann, wenn der Gläubiger auch ohne alle Verschuldung nicht annimmt (§ 400 Note 14, § 401 Note 7). Aber hier erleidet der Gläubiger keinen Nachtheil, da er nur zuzugreifen braucht, um die Leistung des Schuldners zu erhalten. Ist aber dem Schuldner die Leistung ohne seine Schuld unmöglich geworden, so darf ihm, wie ich glaube, ein Anspruch auf die Leistung des Gläubigers eben auch nur dann zugestanden werden, wenn diesem die Nichtannahme zur Schuld gereicht. — Widerlegt ist die hier festgehaltene Ansicht, wenn folgende Argumentation richtig ist: wenn der Schuldner dasjenige gethan hat, was er ohne Mitwirkung des Gläubigers zum Zweck der Erfüllung thun kann, so hat er gethan, was ihm oblag, und er ist frei. Das ist die Auffassung Kohler's, der in dem genannten Fall von einem „Erfüllungssurrogat" spricht, obgleich es zu derselben nicht paßt, daß er ein Erfüllungssurrogat nicht schon in dem fruchtlosen Anbieten der geschuldeten Sache, sondern erst in dem Preisgeben, Aussetzen derselben sucht (S. 287. 312. 364. 374); aber daß es die Auffassung der Quellen sei, ist nicht nachgewiesen. Gegen Kohler v. Schey S. 29 fg.; gegen diesen wieder Kohler Arch. f. civ. Pr. LXIX S. 168. S. auch § 346 Note 1.

[12] v. Madai § 69. 70, Wolff S. 514—515, Mommsen § 36, Sintenis S. 221.

Gläubiger sich zur Annahme bereit erklärt; nur muß er dabei zugleich Ersatz des durch seinen Verzug dem Schuldner bereits erwachsenen Schadens anbieten[13]. Außerdem kann der Verzug des Gläubigers durch Verzicht des Schuldners beseitigt werden, und es versteht sich von selbst, daß der Verzug mit dem Forderungsrecht selbst wegfällt.

β. Wirkungen.

§ 346.

Der Verzug des Gläubigers hat nicht die Wirkung, den Schuldner von seiner Verbindlichkeit zu befreien[1]; wohl aber kann der Schuldner verlangen, daß die durch den Verzug des Gläubigers bewirkte Nichterfüllung ihm nicht zum Schaden gereiche. Folgerungen aus diesem Grundsatz sind folgende. 1. Der Schuldner haftet fortan nicht mehr wegen Mangels an Sorgfalt, sondern nur noch wegen Arglist und der derselben gleichstehenden groben Nachlässigkeit[2]; ein ohne Arglist oder grobe Nachlässigkeit des Schuldners eingetretener Verlust des Leistungsgegenstandes befreit ihn selbst dann, wenn dadurch eine Unmöglichkeit der Erfüllung nicht herbeigeführt worden ist[3]. 2. Ein Anspruch des Schuldners gegen den Gläubiger, welcher von der Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners abhängig ist, kann geltend gemacht werden auch wenn der Schuldner ohne eine von ihm zu vertretende Schuld von seiner Verbindlichkeit frei 'geworden ist[4].

---

[13] L. 18 [17] D. de per. 18. 6. Ueber l. 51 pr. D. de A. E. V. 19. 1 s. Fritz Arch. f. civ. Pr. X S. 155 fg., Mommsen S. 340 fg., Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. III S. 278.

* v. Madai § 62—64, Wolff § 43—44, Mommsen § 30—33, Kohler S. 376 fg., v. Schey S. 120 fg., Sintenis S. 210—214.

[1] Vgl. § 395 Note 11. Ueber scheinbar widersprechende Stellen s. Mommsen S. 286 Note 2 a. E. Für andere als Geldschulden behauptet das Gegentheil Zimmern Arch. für civ. Pr. III S. 121 fg.; dagegen Thibaut das. V S. 332—337. § 346.

[2] L. 5 l. 18 [17] D. de per. 18. 6, l. 9 D. sol. matr. 24. 3. Hätte der Gläubiger angenommen, so hätte der Schuldner keine Sorgfalt mehr aufzuwenden gebraucht. Wegen Arglist aber und grober Nachlässigkeit wird nie nicht gehaftet (§ 265 Ziff. 1 und 2). — Geht der zu leistende Gegenstand durch Arglist oder grobe Nachlässigkeit des Schuldners unter, so richtet sich die Schätzung nach den gewöhnlichen Grundsätzen (§ 258 Ziff. 1). Ueber l. 3 § 4 D. de A. E. V. 19. 1 s. Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. III S. 275, Mommsen S. 294, v. Madai S. 460, Wolff S. 495.

[3] L. 84 § 3 D. de leg. I° 30, l. 6 D. de doli exc. 44. 4, l. 72 pr. D. h. t., l. 105 de V. O. 45. 1. In l. 102 pr. D. h. t. ist wohl am Schluß statt „creditoris" „debitoris" zu lesen. Mommsen S. 300 in der Note.

[4] L. 5 i. f. de per. 18. 6, l. 36 loc. 19. 2. Mommsen S. 302 fg., Kohler S. 387 fg. Daß der die Erfüllung anbietende Schuldner die Leistung (des Gläu-

3. Hat der Schuldner in Folge der Fortdauer seiner Verbindlichkeit eine Aufopferung machen müssen, so kann er Ersatz für dieselbe verlangen[5]. Ja er braucht diese Aufopferung nicht zu machen, wenn er durch Preisgeben des Leistungsgegenstandes sich ihr entziehen kann: er ist zu diesem Preisgeben befugt, und muß nur den Gläubiger vorher verwarnen[6]. 4. Die Zinsverbindlichkeit des Schuldners hört durch den Verzug des Gläubigers nicht auf[7]. Ebensowenig verliert

---

bigers) verlangen kann auch wenn die Nichtannahme dem Gläubiger nicht zur Schuld gereicht, ist bereits bemerkt worden (§ 345 Note 11). [Bähr krit. VJSchr. XXVIII S. 416. Seuff. Arch. XLII. 289.]

[5] L. 38 § 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 8 D. de trit. 33. 6. Vgl. Mommsen S. 297, Kohler S. 377, v. Schey S. 129.

[6] L. 1 § 3. 4 D. de per. 18. 6, l. 12 [13] l. 14 [15] pr. de eod. Eine mildere Meinung hat ihren Ausdruck in l. 8 D. de trit. 33. 6 gefunden; Pomponius will hier dem Schuldner nicht garantiren, daß er mit dem Preisgeben durchkommen werde. Auch in l. 1 § 3 cit. wird als das Löblichere bezeichnet, die Sache nicht preiszugeben, sondern sich in anderer Weise zu helfen, namentlich durch Verkauf auf Rechnung des Gläubigers. Vgl. über die verschiedenen Auffassungen v. Madai S. 466 fg., Wolff S. 488 fg., Mommsen S. 308 fg., Kohler S. 287 fg., v. Schey S. 29 fg., Ulrich die Deposition und Dereliction behufs Befreiung des Schuldners (Züricher Inaug.-Diss. 1877) S. 77 fg., auch Thöl Handelsr. I § 87. I. 2 (6. Aufl. § 282. B. 2). Das HGB. Art. 343 gibt dem Verkäufer nur das Recht des Verkaufs. Das HGB. gibt aber dem Verkäufer das Recht des Verkaufs schlechthin, nicht bloß für den Fall, wo er ohne den Verkauf einen ihm vom Käufer zu ersetzenden Verlust erleiden würde. Für das gemeine Recht läßt sich dieß nicht rechtfertigen. Vgl. Thöl a. a. O. und aus der Praxis: Seuff. Arch. V. 156, VIII. 351, XI. 139. 230. 231, XIV. 122, XVII. 272, XXXIII. 7.

[7] Der Schuldner kann zwar sagen, daß, wenn der Gläubiger angenommen hätte, er von der Zinsverbindlichkeit frei geworden sein würde; aber der Gläubiger kann erwidern, daß der Schuldner dafür im Genusse des zu leistenden Geldes geblieben sei. Dieß ist ohne Zweifel der Grund, aus welchem die Fortdauer der Zinsverbindlichkeit anerkannt wird in l. 1 § 3 l. 7 D. de usur. 22. 1, l. 9. 19 C. eod. 4. 32, l. 28 § 1 D. de adm. et per. 26. 7. L. 2 C. de usur. 4. 32 sagt nicht, daß die Zinsverbindlichkeit durch Anbieten aufhöre, sondern daß sie durch bloße Deposition ohne Anbieten nicht aufhöre. Die mildere Ansicht als nicht recipirte Meinung, in l. 28 § 1 D. de adm. cit.; s. auch l. 122 § 5 D. de V. O. 45. 1. Abweichend Mommsen S. 288; dawider Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. III S. 273. Vgl. auch Unterholzner I S. 130, Kohler S. 382 fg. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock VII Nr. 37. Seuff. Arch. XXXI. 210, XXXIV. 103. — Verzugszinsen braucht der Schuldner nach dem Verzuge des Gläubigers allerdings nicht mehr zu zahlen; aber nur deßwegen nicht, weil nun sein Verzug aufgehört hat. Nach l. 11 C. de usur. 4. 32 verliert der Gläubiger durch seinen Verzug auch das Recht, die Früchte der ihm zum Faustpfand gegebenen Sache an Zinsesstatt zu behalten. (l. 8 D. in quib. caus. pign. 20. 2). Hängt dieß nicht mit dem in Note 4 bezeichneten älteren Recht in Betreff der actio pigneraticia zusammen? Die l. 11 cit. auf einen antichretischen Vertrag zu beziehen, ist kein Grund vorhanden. Vgl. übrigens v. Madai S. 471, Mommsen S. 289.

der Gläubiger durch den Verzug sein Pfandrecht[8] oder das Recht des Pfandverkaufs[9]. Auch auf ein dem Gläubiger zustehendes Wahlrecht ist sein Verzug ohne Einfluß[10].

d. Gerichtliche Hinterlegung*.

§ 347.

Wenn das Forderungsrecht auf Leisten einer beweglichen Sache geht, so braucht sich der Schuldner der Verweigerung der Annahme gegenüber nicht mit den Folgen, welche der Verzug für den Gläubiger hat, zu begnügen; er hat auch ein Mittel, sich ganz von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Dieses Mittel besteht[1] in der gerichtlichen

[8] L. 19 C. de usur. 4. 32.

[9] Vgl. I § 237 Note 2.

[10] So wenig wie der Verzug des Schuldners das dem Schuldner zustehende Wahlrecht auf den Gläubiger übergehen macht (§ 255 Note 11, § 280 Note 11), macht der Verzug des Gläubigers das dem Gläubiger zustehende Wahlrecht auf den Schuldner übergehen. S. auch Pescatore alternat. Obligation S. 256 fg. [A. M. Dernburg II § 27 Note 17.] Daher kann auch nicht etwa der Handelsverkäufer einer durch den Käufer zu bestimmenden oder näher zu bestimmenden Waare, wenn der Käufer diese Bestimmung unterläßt (§ 345 Note 4a), unter Berufung auf HGB. Art. 343 Abs. 2 die Waare in der Weise weiter verkaufen, daß der neue Käufer die Bestimmung treffen soll. Wenn der Verkäufer durch den Annahmeverzug des Käufers nicht selbst das Wahlrecht erwirbt, so kann er dasselbe auch nicht einem Andern verschaffen. Sondern es bleibt dem Verkäufer nichts übrig, als, unter Erklärung der Bereitschaft zur Lieferung nach der vom Käufer zu treffenden Bestimmung, auf den Kaufpreis, oder wenn der Kaufpreis für die verschiedenen Waarenformen verschieden festgesetzt ist, auf den der einen oder der anderen Form entsprechenden Kaufpreis zu klagen. S. § 255 Note 11. Freilich ist über die richtige Behandlung dieses Falles viel Streit. Römer Abhandlungen I S. 132 fg., Kohler S. 357 fg. 408 fg. Seuff. Arch. XXXI. 265, XXXII. 96, XXXIII. 256, Entsch. d. RG. X S. 95, [XIV S. 243 (= Seuff. Arch. XLI. 209)]. In dem von Römer und den genannten Erkenntnissen behandelten besonderen Fall ist der Kaufpreis in der Weise bestimmt, daß unter Zugrundelegung eines Grundpreises Zusatzpreise für die verschiedenen Waarenformen vereinbart sind. Römer will in diesem Fall dem Käufer einen Anspruch auf den Grundpreis geben. Aber um den Grundpreis ist gar Nichts verkauft worden, und diesen Preis würde der Verkäufer, wenn der Käufer sich keines Annahmeverzuges schuldig gemacht hätte, nicht erhalten haben. Vgl. noch Seuff. Arch. XLI. 9 (RG).

* Mommsen S. 306—308, Kohler S. 304 fg., Unterholzner S. 407—472, Sintenis S. 412—413, Holzschuher III § 246, Gruchot S. 237—273. Ulrich in der § 346 Note 6 cit. Dissertation S. 6 fg. 95 fg. Czyhlarz Grünhut's Zeitschr. VI S. 657 fg. (1879, vorzugsweise österreichisches Recht).

[1] Daß der Schuldner kein Recht (und deßwegen keine Klage) auf Annahme hat, ist bereits bemerkt worden (§ 345 Note 10). Es kann aber eine Verpflichtung des Gläubigers, dem Schuldner den zu leistenden Gegenstand binnen bestimmter Frist abzunehmen, durch die das Forderungsrecht erzeugende Thatsache ausdrücklich oder stillschweigend begründet sein. Davon ist zu verstehen l. 9 D. § 347.

Hinterlegung (Deposition) des zu leistenden Gegenstandes[2]. Der Schuldner ist aber an die Deposition nicht gebunden[2a]; nimmt er sie zurück, so lebt seine Schuld wieder auf[2b]. Bis zur Zurücknahme hat der Gläubiger einen Anspruch auf Herausgabe gegen den Empfänger und gegen den den dritten Besitzer[2c.2d].

Durch dasselbe Mittel kann sich der Schuldner auch dann befreien, wenn ihm die Leistung wegen eines in der Person des Gläubigers liegenden Hindernisses, z. B. wegen Abwesenheit, Veräußerungsunfähigkeit, Ungewißheit des Gläubigers, unmöglich oder mit Sicherheit unmöglich ist[3].

---

de A. E. V. 19. 1. Mommsen § 14 Note 3. Seuff. Arch. XXIX. 120, XL. 195, [XLI. 98].

[2] Von der Deposition handeln: l. 1 § 3 l. 7 l. 18 § 1 D. de usur. 22. 1, l. 28 § 1 D. de adm. et. per. 26. 7, l. 2. 6. 19 C. de usur. 4. 32, l. 8 C. de distr. pign. 8. 27 [28], l. 9 C. de solut. 8. 42 [43]. Diese Stellen setzen sämmtlich eine Geldschuld voraus; daß aber die Deposition auch bei anderen beweglichen Sachen zulässig sei, zeigt Nov. 91 c. 2, s. auch l. 1 § 36. 37 D. dep. 16. 3. Bei den Römern scheint die Deposition ursprünglich nur die Bedeutung einer Niederlegung bei dem Schuldner selbst, unter hinzutretender Versiegelung, gehabt zu haben, l. 7 D. de usur. cit. Später war der gewöhnliche Depositionsort ein Tempel. Vgl. Muther Sequestration und Arrest S. 363—368, auch Kohler S. 306 fg., Ulrich S. 30 fg., Czyhlarz S. 663 Note 19. Heutzutage kann bei jedem Gericht deponirt werden, in dessen Sprengel gültig geleistet werden kann (vgl. l. 9 C. de sol. 8. 42 [43]). Sintenis S. 413. Vgl. HGB. Art. 343. — Deposition ohne vorhergehendes Anbieten ist unwirksam, l. 2 C. de usur. cit. — Benachrichtigung des Gläubigers von der geschehenen Deposition? Ulrich S. 37. 95 unt. [Seuff. Arch. XLII. 108.]

[2a] L. 19 § 4 C. de usur. 4. 52, l. 8 C. de destr. pign. 8. 27 [28].

[2b] Wenn l. 9 C. de sol. 8. 42 [43] mit der Deposition „liberatio" eintreten läßt, so ist das unter der Voraussetzung gesagt, daß die Deposition nicht zurückgenommen werde. Das Richtige ist, daß mit der Deposition die Obligation in den Zustand des Ruhens versetzt wird (I § 63 Note 1, vgl. § 188 Note 13). Die Ansichten der Schriftsteller sind verschieden, vgl. Ulrich S. 57 fg., Czyhlarz S. 675 fg., Kohler S. 331 fg. [Dernburg II § 61 zu Note 10 (11).] Einfluß des Concurses des Schuldners auf das Recht der Zurücknahme Spangenberg Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 177 fg., Bl. f. RAnwend. XXXIV S. 410 fg., Kohler S. 349 Note 1.

[2c] „Creditori scilicet actione utili ad exactionem earum non adversus debitorem, nisi forte eas receperit, sed vel contra depositarium vel ipsas competente pecunias". Die letzten Worte lassen sich kaum anders als von einer Klage gegen den dritten Besitzer verstehen. Kohler S. 319, Ulrich S. 41. 52, Czyhlarz S. 682 Note 55.

[2d] Haftung des Staates aus der richterlichen Annahme eines Depositums: Seuff. Arch. II. 159, XVII. 123, XXIII. 139, XXVI. 34, vgl. III. 327, V. 135, VII. 321. S. noch das. VIII. 23.

[3] L. 7 § 2 D. de minor. 4. 4, l. 1 § 36. 37 D. dep. 16. 3, l. 56 § 1 D. mand. 17. 1, l. 18 § 1 D. de usur. 22. 1. Vgl. auch l. 47 § 2 D. de fideic. lib. 40. 5, l. 4 pr. D. de statulib. 40. 7. Ueber den Fall der Ungewißheit des Gläubigers handelt im Besonderen die Abhandlung von Kühne, Jahrb. f. Dogm.

2. Compensation (Aufrechnung)*.

a. Begriff.

§ 348.

Compensation ist Aufhebung eines Forderungsrechts durch ein anderes Forderungsrecht, welches der Schuldner seinerseits gegen den

---

XVII S. 1 fg. (ein Nachtrag das. S. 176 fg.). Dieser Schriftsteller will die Deposition nur zulassen a) im Fall objectiver Ungewißheit, b) wenn sich der Gläubiger als solcher nicht legitimire — dagegen nicht im Fall der subjectiven Ungewißheit, welchen Fall Kühne näher als den Fall der Rechtsunwissenheit (ignorantia iuris) bezeichnet. Die Berechtigung dieser Gleichstellung leuchtet nicht ein, und dagegen spricht auch das von Kühne selbst S. 17 Bemerkte. Kühne bestreitet die Zulässigkeit der Deposition im Besonderen für den Fall, wo dem Schuldner mehrere Forderungsprätendenten gegenübertreten, und im Resultat stimmt ihm bei Jeß Jahrb. f. Dogm. XVII S. 158 fg., unter Abweichung in der Argumentation. Die von diesem Fall handelnde l. 1 § 37 D. dep. will Jeß auf den Fall des Depositums beschränken: die Sache sei an dem Depositionsort ebenso gut oder besser verwahrt, als bei dem Depositar. Aber der Gläubiger will nicht Verwahrung, er will Herausgabe und ist berechtigt, Herausgabe zu fordern. Kühne darf nach seiner Auslegung der l. 1 § 37 cit. Deposition nur im Fall eines Irrthums über das objective Recht verweigern. Ueber CPrO. § 72 vgl. Kühne S. 55 fg., Mandry S. 430. — Seuff. Arch. I. 34, II. 158, VIII. 23, X. 35. 240, XIII. 92, XXI. 27. 28. 270, XXIV. 20. 21, XXXI. 21, XXXIII. 217, XXXV. 111.

* Dig. 16. 2 Cod. 4. 31 de compensationibus. — Krug die Lehre von der Compensation (1833; darüber Fuhr in Schunk's Jahrb. XXVII S. 109 fg. 217 fg.). Hartter das römisch-deutsche Recht der Compensation mit Hinblick auf einige besondere, in Deutschland geltende Gesetze und Statuten dargestellt (1837). Brinz die Lehre von der Compensation (1849). H. Dernburg die Compensation nach römischem Recht mit Rücksicht auf die neueren Gesetzbücher (1854). Zweite Aufl. (nach welcher hier citirt ist) 1868. (Darüber Eck Zeitschr. f. Gesetzgeb. u. RPflege in Preußen III S. 124 fg.) Fr. Eisele die Compensation nach römischem und gemeinem Recht (1876). (Darüber Eck Jen. Literaturz. 1877 S. 307 fg., Brinz krit. VJSchr. XIX S. 321 fg. Im Gegensatz zu den unten genannten Aufsätzen desselben Verfassers ist die Schrift über die Compensation im Folgenden mit dem Namen des Verf. schlechthin citirt.) Ferner die Aufsätze von: Hasse Arch. f. civ. Pr. VII S. 145 fg. (1824), Bethmann-Hollweg Rhein. Museum I S. 257—285 (1827), Tellkampf Arch. f. civ. Pr. XXIII S. 301 fg. (1840), Krug das. XXV S. 211—226 (1842), Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII S. 1 fg. (1843), Hartter das. XIX S. 143 fg. (1844). Fuhr Arch. f. prakt. RW. I 2. Heft S. 121 fg. (1853), v. Scheurl Beiträge I Nr. 7 (1853), Krug Zeitschr. f. Rechtsflege und Verwaltung f. d. Königr. Sachsen XIII Nr. 6 (1854), Brinz Jahrb. d. gem. R. I S. 24 fg. (1857), Eisele Arch. f. civ. Pr. LV S. 167 fg. (1872) und Zeitschr. f. RG. X S. 465 fg. (1872), Ohnsorge Jahrb. f. Dogm. XX S. 285 fg., und die Schriften von Ubbelohde über den Satz: ipso iure compensatur (1858), von Asher die Compensation im Civilproceß des classischen römischen Rechts (Habilitationsschrift, 1863), von Schwanert die Compensation nach römischem Recht (Festschrift, 1870). C. Stampe das Compensationsverfahren des vorjust. stricti iuris iudicium. 1886. [(Darüber Eisele krit. VJSchr. XXIX S. 37 fg.) Unger Grünhut's Zeitschr. XV S. 543 fg.]

Gläubiger hat. Unter gewissen Voraussetzungen steht dem Schuldner das Recht zu, gegen Das, was er dem Gläubiger schuldig ist, aufzurechnen, zu compensiren, was ihm der Gläubiger schuldig ist[1]. Die Ausdrücke compensiren und Compensation bezeichnen aber nicht bloß diese Thätigkeit des Schuldners[2], sondern auch die von der Gegenforderung ohne alles Hinzuthun des Schuldners ausgehende Compensationskraft[3].

Fritz Erläuterungen II S. 395—410, Unterholzner I § 254—260, Vangerow III § 618, Brinz § 149. 2. Aufl. § 287. 288, Sintenis II § 104, [Dernburg II § 62—64, Wendt § 241.] S. auch Cohn (§ 342 Note *) S. 1024 fg.

§ 348. [1] Im Allgemeinen l. 1 D. h. t. „Compensatio est debiti et crediti inter se contributio".

[2] Der gewöhnliche Sinn der Ausdrücke compensare und compensatio ist, daß sie auf eine menschliche Thätigkeit gehen, und so namentlich auf die Thätigkeit des Schuldners, welcher sein Forderungsrecht dem fordernden Gläubiger entgegensetzt (so z. B. in l. 2 l. 10 § 1. 3 i. f. l. 13 i. f. l. 21 i. f. D. h. t. und sonst sehr häufig). In gleicher Weise werden sie gebraucht von der Thätigkeit des Gläubigers (z. B. l. 18 § 1 D. l. 3 C. h. t.), so wie von der Thätigkeit des Richters oder des sonst die rechtliche Beurtheilung Anlegenden (z B. § 30 I. de act. 4. 6, l. 15 D. h. t., l. 96 § 3 i. f. D. de solut. 46. 3).

[3] Man hat dieß geleugnet, s. namentlich Ubbelohde S. 31 fg., Eisele Arch. S. 210. Mit Unrecht. Compensare heißt wörtlich übersetzt: aufwägen, und es leuchtet nicht ein, warum nicht das Gewicht, welches in der Wagschale liegt, ebenso gut als aufwägend bezeichnet werden könnte, wie die Handlung des Menschen, welcher das Gewicht in die Wagschale legt. Man vergleiche l. 10 pr. D. h. t.: „si alter ex re communi aliquid percepit, alter tantam negligentiam exhibuerit, quae eadem quantitate aestimatur, compensationem factam videri"; l. 39 D. sol. matr. 24. 3: „paria delicta mutua pensatione dissolvuntur"; Cic. de off. III. 4 § 14: „labores nostri magna compensati gloria mitigantur"; Plin. Paneg. 37. 5: „inveniebantur . . quibus tantus amor nominis nostri inesset, ut Romanam civitatem non vicesimae modo verum etiam affinitatum damno bene compensari putarent" — in allen diesen Stellen findet sich von irgendwelcher Beziehung auf eine menschliche Thätigkeit keine Spur, und für die Feststellung des Sprachgebrauchs ist es natürlich gleichgültig, daß die Mehrzahl dieser Stellen nicht von gegenüberstehenden Forderungsrechten handelt. Die hier verhandelte Frage ist von Wichtigkeit für die Erklärung des großen Räthsels der römischen Compensationslehre, des ipso iure compensari (§ 349 Note 10). (In dieser Beziehung bemerkt gegenwärtig Eisele S. 141, welcher den citirten Stellen gegenüber seinen Widerspruch nicht aufrecht erhalten kann, der nachgewiesene Sprachgebrauch dürfe zur Erklärung des ipso iure compensari deßwegen nicht verwendet werden, weil er kein technischer Sprachgebrauch sei. Dieses Argument kommt darauf hinaus, daß zur Erklärung eines juristischen Ausspruchs derjenige Sinn eines Ausdrucks nicht verwendet werden dürfe, welchen der Ausdruck zwar nach dem Sprachgebrauch haben kann, aber in juristischer Redeweise meistens nicht hat.) — Hätten die Ausdrücke compensare und compensatio in der That keine andere Bedeutung, als die der Thätigkeit des die Gegenforderung zur Geltung Bringenden, so würden wir in unserer Rechtssprache die Ausdrücke „compensiren" und „Compensation" umgehen, wir würden statt derselben „aufrechnen" und „Aufrechnung" sagen können. Aber diese letzteren Ausdrücke fügen sich schlecht zur Bezeichnung der von der Gegenforderung ohne Weiteres ausgehenden Compensationswirkung. So bleibt nichts

In der Compensation liegt eine Befriedigung des Gläubigers[4]. In der Compensation erhält der Gläubiger zwar nicht, was er zu fordern hat, aber er erhält statt Dessen, was er zu fordern hat, ein Aequivalent, die Befreiung von einer entsprechenden Schuld[5].

Im Folgenden ist zuerst der rechtliche Vorgang bei der Compensation näher darzulegen, dann von den Voraussetzungen der Compensation zu handeln[6].

b. Rechtlicher Vorgang bei der Compensation*.

§ 349.

1. Der rechtliche Vorgang bei der Compensation ist nicht so zu denken, als wenn die beiden einander gegenüberstehenden Forderungsrechte sich von der Zeit ihres Gegenüberstehens an gegenseitig ohne Weiteres aufhöben, vernichteten[1]. Vielmehr behält jedes Forderungsrecht seine rechtliche Existenz, und es ist dem Gläubiger überlassen, ob er dasselbe zur Compensation verwenden oder in anderer Weise verwerthen will[2].

übrig, als die fremden Ausdrücke beizubehalten. Denn geradezu „aufwägen" und „Aufwägung" zu sagen, ist doch wohl zu kühn. Vgl. auch Eisele S. 391.

[4] S. § 341 Note 6.

[5] Vgl. § 349 Note 3. 14.

[6] Das Rechtsinstitut der Compensation hat sich bei den Römern nur allmälig entwickelt. Noch zur Zeit des Gajus konnte, abgesehen von zwei ganz speciellen Ausnahmen (bei den Forderungen des argentarius und bei den Forderungen des bonorum emtor), nur eine Gegenforderung aus dem nämlichen Rechtsverhältniß zur Aufrechnung gebracht werden. Gai. IV. 61—68. Aber auf Grund eines Rescriptes des Kaisers Marcus wurde anerkannt, daß die in die Formel gesetzte exceptio doli den Richter befähige, auch auf Gegenforderungen aus anderen Rechtsverhältnissen Rücksicht zu nehmen (§ 30 I. de act. 4. 6). Vgl. über die Geschichte der Compensation, über welche, namentlich im Zusammenhang mit der § 349 Note 10 erwähnten Frage, viel gestritten wird: Brinz Compensation S. 76 fg. Jahrb. S. 38 fg., krit. VJSchr. S. 322 fg., Dernburg S. 15 fg. [Pand. II § 62], Ubbelohde S. 180 fg., die Schriften von Asher, Eisele S. 1—207, und die Uebersicht bei Vangerow Anm. 1 Nr. II. [Stampe a. a. O., Wendt S. 577 fg.]

* Die im Folgenden vorgetragene Ansicht über den rechtlichen Vorgang bei der Compensation ist namentlich von Eisele, wie früher in dem Aufsatz im Archiv für civilistische Praxis, so gegenwärtig in der Schrift über die Compensation, angegriffen und bemängelt worden. Wenn seine Einwendungen hier nur theilweise von mir berücksichtigt und beantwortet worden sind, so hat das seinen Grund theils in der Knappheit des mir zu Gebote stehenden Raums, theils in dem Inhalt des Einwandes, der mir eine Antwort überflüssig zu machen schien. Jedenfalls verwahre ich mich dagegen, daß aus dem Nichtantworten ein Schluß auf das Nichtantwortenkönnen gezogen werde, wie das Eisele S. 142 ob. thut. Ueber die eigene Ansicht Eisele's s. Note 4 a. E.

[1] Die Compensation hebt die Forderungsrechte nicht ipso iure auf. § 349.

[2] L. 2 D. h. t. „Unusquisque creditorem suum . . . summovet, si pa-

2. Aber jedes der sich gegenüberstehenden Forderungsrechte ist von dem Augenblicke ihrer Coexistenz an mit einer Einrede behaftet, mit welcher der Gläubiger zurückgeschlagen werden kann, wenn er einfordern will, was ihm verschuldet wird. Der Grund dieser Einrede ist die sehr natürliche Betrachtung, daß es Chicane ist, einzufordern, was man sofort wieder zurückgeben muß[3].

3. Die dem Forderungsrechte anhaftende Compensationseinrede hat nicht bloß die Wirkung, das Eintreibungsrecht des Gläubigers auszuschließen, sondern sie hemmt überhaupt das Forderungsrecht in seiner Wirksamkeit, sie hebt das Forderungsrecht nach der Seite seiner Wirksamkeit auf[4]. Leistet daher der Schuldner in Unkenntniß der

---

ratus est compensare". L. 5 eod., l. 20 § 2 D. de statulib. 40. 7. L. 1 § 4 D. de contr. tutelae 27. 4: „erit arbitrii eius, utrum compensare an petere velit . .". Der Gläubiger kann die Forderung erlassen (l. 26 D. de prob. 22. 3), er kann sie cediren 2c. Dernburg § 34. Eine andere wichtige Consequenz aus der fortdauernden Existenz der beiden Forderungsrechte ist, daß jedes derselben fortfährt, den gleichen Untergangsgründen zu unterliegen, wie Forderungsrechte überhaupt, so namentlich auch der Verjährung. Vgl. § 350 Note 2.

[3] „Dolo facit qui petit, quod redditurus est". L. 8 pr. D. de doli exc. 44. 4, l. 173 § 3 D. de R. I. 50. 17. S. auch l. 3 D. h. t. „Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra, potius non solvere, quam solutum repetere". Man hat versucht, diesen Gedanken dahin zu erweitern, daß die Compensation das Forderungsrecht aufhebe kraft einer Selbstzahlung des Gläubigers, oder kraft einer abgekürzten Zahlung des Schuldners. Aber das ist irrig. Der Gläubiger kann deßwegen nicht fordern, weil er zurückgeben müßte; aber weder hat er erhalten und zurückgegeben, noch wird er so angesehen, als habe er erhalten und zurückgegeben. Deßwegen ist Beweis der Compensation nicht Beweis der Zahlung. Seuff. Arch. XII. 94. Vgl. Dernburg § 42 (S. 358 fg.), Vangerow Anm. 1 Nr. I, Eisele S. 230 fg. — Die Compensationseinrede wird einem jeden der Schuldner gewährt. So weit also der Schuldner gewinnt, verliert er auch; in demselben Maße, in welchem er von seiner Schuld frei wird, wird der Gegner frei von der seinigen. Aber man darf nicht sagen, daß dem Schuldner deßwegen eine Einrede gegeben werde, weil auch dem Gläubiger eine Einrede gegen ihn gegeben wird. Die beiden Einreden werden gleichzeitig gegeben, aber nicht eine um der anderen willen.

[4] Vgl. § 341 Ziff. 1. L. 4 D. h. t.: — eo minus fideiussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest. Sicut enim, quum totum peto a reo, male peto, ita et fideiussor non tenetur . . in maiorem quantitatem, quam reus condemnari potest". L. 10 pr. D. h. t.: — „compensationem factam videri et . . . invicem liberationem". L. 4 C. h. t.: — pro soluto compensationem haberi oportet". Ueber die Lesart in dieser letzten Stelle s. Ubbelohde S. 207 fg. und die das. Citirten, Brinz Jahrb. S. 38, Dernburg S. 336, Eisele S. 216. — Brinz (Jahrb. u. Lehrb. [2. Aufl. II S. 419 fg.]) nimmt nicht Aufhebung der Forderung durch die Gegenforderung, sodern lediglich Befreiung des Schuldners an. Er will damit zunächst nur den Gegensatz gegen die Aufhebung ipso iure scharf bezeichnen, freilich aber nicht minder auch einen Gegensatz gegen die sonstige Abschwächung der Obligation durch Einrede. Mir scheint ein Gegensatz dieser Art nur insofern vorhanden

ihm zustehenden Einrede, so kann er das Geleistete als unverschuldet geleistet zurückfordern[5]. Eine andere Folge aus dem aufgestellten Satze ist, daß von dem Augenblick an, wo einer verzinslichen Forderung eine Gegenforderung gegenübertritt, der Zinsenlauf aufhört[6],

---

zu sein, als die Zuständigkeit der Compensationseinrede den Schuldner nur auf Kosten einer entsprechenden Aufopferung und nur kraft des Entschlusses, die Aufopferung zu machen, befreit (Note 11); aber dieses Besondere berührt nicht den Umfang der abschwächenden Kraft der Einrede. Vgl. auch Eisele S. 215 fg. — Von Anderen wird alle und jede Affection der Forderung durch die ihr gegenüberstehende Gegenforderung in Abrede gestellt, und nicht bloß auf Grund der Auffassung, welche diese Affection erst rückwärts mit Vorschützung der Compensationseinrede eintreten läßt (s. Note 10 bei b), sondern auch unabhängig von dieser Auffassung, so von Eisele und Schwanert a. a. OO., mit welchen übereinstimmt Thon Rechtsnorm und subjectives Recht S. 270 fg., ebenso Ohnesorge S. 291 fg., [Stampe S. 14 fg., Wendt S. 580 fg.]. Vgl. Note 5 fg.

[5] L. 10 § 1 D. h. t. „Si quis igitur compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto". L. 30 D. de cond. ind. 12. 6. Dernburg S. 586—587. Eisele Arch. S. 194 sieht den Grund der condictio indebiti nicht darin, daß compensirt sei, sondern darin, daß nicht compensirt worden sei, obgleich compensirt hätte werden können, also nicht in einer Lähmung des Forderungsrechts, sondern darin, daß der Schuldner unterlassen habe, dem Forderungsrecht eine Lähmung beizubringen. Aber ein debitum, welches aufgehoben werden kann, ist deßwegen kein indebitum. Der gleiche Gedanke wie bei Eisele findet sich bei Schwanert S. 12 fg., nur daß dieser Schriftsteller jenem Gedanken den eigenthümlichen Ausdruck gibt, in der condictio liege eine nachträgliche Compensation, welche dem Schuldner wegen seines Irrthums gestattet werde. Also Aufhebung einer aufgehobenen Forderung! In seiner Schrift über die Compensation S. 259 fg. erkennt Eisele die beiden im Vorstehenden gemachten Einwendungen als berechtigt an und stellt das Rechtsverhältniß nun so dar: die von dem Schuldner gemachte Zahlung bleibe einstweilen in ihrer Wirkung suspendirt; wolle derselbe nicht compensiren, so tilge sie die Forderung rückwärts, entschließe er sich aber zur Compensation, so habe sie die Forderung nicht aufgehoben, und das Gezahlte könne daher als ein „quasi" indebitum zurückgefordert werden. Ich glaube nicht, daß diese künstliche und sich mit dem Parteiwillen in Widerspruch setzende Construction die Auffassung empfiehlt, welche derselben nicht entrathen zu können glaubt. Daß aber das Wort quasi weit davon entfernt ist, in unseren Quellen immer das Uneigentliche zu bezeichnen, braucht doch nicht erst ausgesprochen zu werden. Eisele beruft sich noch auf l. 56 D. de cond. ind. 12. 6. Mit Unrecht: in dem Fall dieser Stelle hat der Schuldner eine exceptio, welche möglicherweise wegfallen kann, und es wird entschieden, daß sie nicht wegen dieser Möglichkeit als temporalis behandelt werden dürfe. [Stampe S. 23 fg.: die cond. indebiti hat ihren Grund darin, daß compensirt werden konnte. Kretschmar Secum pensare: in l. 10 § 1 cit. ist „compensare" interpolirt; die Stelle handelte von dem Deductionsrecht gegen die Klage des bonorum emtor, Gai. IV. 69, vgl. Lenel Zeitschr. der Sav.-Stift. IV S. 117 fg. Edictum perpetuum S. 345.]

[6] L. 11 D. l. 4. 5 C. h. t., l. 7 C. de solut. 8. 42 [43]. Dernburg S. 587—589. Eisele Arch. 195 und Compens. S. 271 fg. führt auch diesen Satz auf das „Recht zu compensiren" zurück, indem er die Billigkeit und den präsumtiven Willen des Schuldners zur Hülfe nimmt. Aber auch die Billigkeit verlangt nicht, daß Jemand keine Zinsen bezahle von einer Schuld, die er zwar

und auch die Folgerung muß gezogen werden, daß die Gegenforderung den Verzug des Schuldners[7], so wie den Verfall der auf die Nichtleistung gesetzten Strafe[8] ausschließt[9].

4. Die Hemmung der Forderung durch die Gegenforderung tritt ohne Zuthun des Schuldners ein. Wenn der Schuldner sich der Klage des Gläubigers gegenüber auf seine Gegenforderung beruft, so schafft er sich dadurch nicht erst ein Einrederecht, sondern er macht Gebrauch von einem erworbenen[10]. Von der anderen Seite braucht der Schuldner

---

beseitigen kann, die aber nicht beseitigt ist, und das Interesse des Schuldners an der Compensationserklärung berechtigt nicht, dieselbe als gemacht anzusehen. Schwanert S. 4 ist der Meinung, daß der bezeichnete Satz deßwegen seinen Grund nicht in der Zuständigkeit der Compensationseinrede haben könne, weil er in l. 4 C. h. t. auf eine solutio zurückgeführt werde. Das ist nicht richtig; es wird in dieser Stelle die Wirkung der Gegenforderung auf die Forderung mit solutio nur verglichen. [Stampe S. 25 fg. 33 fg.: das Aufhören des Zinsenlaufs setzt ein Compensationsangebot voraus (vgl. Note 15a). Kretschmar Secum pensare S. 26: es ist unbillig, daß der Gläubiger Zinsen ziehe, während er von seiner eigenen Schuld keine oder geringere Zinsen zahlt.] Seuff. Arch. XXXV. 112, [Entsch. d. RG. XVII S. 141 (= Seuff. Arch. XLIII. 106)].

[7] Ausdrücklich ist dieß in den Quellen nicht anerkannt. Vgl. übrigens l. 40 D. de R. C. 12. 1. Dernburg S. 589, Brinz 2. Aufl. S. 428 Note 39. A. M. Schwanert S. 5, Eisele S. 270 fg.

[8] Dazu gehört auch die Verwirkung der Emphyteuse (I § 122 Ziff. 4) und des Miethrechts (l. 54 § 1 D. loc. 19. 2). Dernburg S. 590, Brinz a. a. O. Note 40. Seuff. Arch. XII 23. 152, XXXIV. 29. A. M. Schwanert S. 5, Eisele S. 270. Einen unmittelbaren Quellenbeweis gibt es auch für diesen Satz nicht.

[9] Eine interessante Folgerung noch in l. 21 D. h. t. Der procurator absentis, welcher eine Forderung des abwesenden Schuldners zur Compensation bringt, braucht nicht cautio de rato zu geben. Und doch muß Jeder cautio de rato geben, welcher ohne Vollmacht die Forderung eines Andern einklagt. Aber der procurator klagt eben nicht eine fremde Forderung ein, sondern macht Gebrauch von einer durch diese Forderung ohne seine Thätigkeit begründeten Einrede. Freilich gehen die Meinungen über den wahren Sinn der l. 21 cit. sehr auseinander. Vgl. namentlich Brinz § 35, Dernburg S. 328 fg., Ubbelohde § 25, neuestens Schwanert S. 36 fg., Eisele Arch. S. 204. Compens. S. 372 fg., [Stampe S. 23].

[10] In diesem Sinne sagen die Quellen, daß „ipso iure compensatur“ „ipso iure compensatio fit“, „ipso iure invicem liberatio fit“, daß der Bürge (also auch der) Schuldner „ipso iure eo minus debet, quod ex compensatione reus retinere potest“. L. 4 l. 10 pr. l. 21 D. h. t., l. 4 l. 14 pr. C. h. t., § 30 I. de act. 4. 6. Die Compensation hebt das Forderungsrecht nicht ipso iure auf, aber sie tritt ipso iure ein. D. h. ipso iure tritt ein die Compensation als eine von dem gegenüberstehenden Forderungsrecht ausgehende Kraft oder Thätigkeit gedacht; denn compensatio auf die Thätigkeit des Schuldners bezogen, hat das Eintreten ipso iure keinen Sinn. — Ueber die Bedeutung dieses ipso iure ist so viel gestritten worden, daß zuletzt Ubbelohde darüber ein ganzes Buch hat schreiben können (s. § 348 bei *). a) Früher war die herrschende Meinung, jener Ausdruck wolle allerdings sagen, daß die gegenüber-

von seinem Einrederecht keinen Gebrauch zu machen[11], und thut er es nicht, so darf er keinen Vortheil daraus ziehen wollen, daß dem Forstehenden Forderungsrechte sich einander ipso iure aufheben. b) Diese Meinung hat man in der neueren Zeit mit dem unbestrittenen Satz, daß der Schuldner, wenn er nicht compensiren will, sein Forderungsrecht behält, durch die Annahme in Einklang zu bringen gesucht, daß die Compensation zwar nur eintrete, wenn der Schuldner sich auf dieselbe berufe, daß es aber, wenn der Schuldner dieß thue, so angesehen werde, als hätten die beiden sich gegenüberstehenden Forderungsrechte sich von der Zeit ihres Gegenüberstehens an ipso iure aufgehoben. Dieß ist die jetzt herrschende Auffassung. c) Dieselbe wurde energisch bekämpft von Brinz in seiner Schrift über die Compensation. Statt ihrer suchte Brinz, freilich mit neuen Gründen, die ältere des Donellus zur Geltung zu bringen: das ipso iure wolle nur sagen, daß die Compensation nicht durch Einrückung einer exceptio in die Formel vermittelt worden sei. Wieder anders gewendet (mit einer Annäherung an die materielle Auffassung unter a ist dieß auch der Grundgedanke der Auffassung Ubbelohde's. d) Nach der Meinung Dernburg's will das ipso iure sagen, die Compensation trete in der letzten Entwickelung der Lehre nach den Grundsätzen des Rechts ein, d. h. es hänge nicht mehr von besonderen Umständen und Verhältnissen, vom Ermessen des Richters, ab, ob sie stattfinden solle. e) Asher a. a. O. ist zu der alten Auffassung des ipso iure, daß die Compensation das Forderungsrecht ipso iure aufhebe, zurückgekehrt. Dieses ipso iure Wirken sei auch von Justinian gegenüber einer entgegenstehenden Praxis bestätigt worden, aber ohne alle Einsicht in seine Bedeutung. Demgemäß sei es „thöricht", „an der heutigen gemeinrechtlichen Theorie" zu „mäkeln" (S. 57). f) Die processuale Bedeutung des ipso iure wird für das Justinianische Recht nach dem Vorgang von Wieding Libellproceß S. 221 fg. wieder vertreten von Schwanert a. a. O., Eisele a. a. O., Bekker Aktionen II S. 356 fg., Lenel über Ursprung und Wesen der Exceptionen S. 139 fg.: der Sinn des ipso iure in Justinian's Bestimmungen sei, daß die Compensation auch noch nach der Litiscontestation vorgeschützt werden könne. Was das vorjustinianische Recht angeht, so halten die genannten Schriftsteller an der processualen Bedeutung nur theilweise fest, theilweise erkennen sie die materielle Bedeutung (directe Aufhebung des Forderungsrechts) an (Schwanert für l. 4 und l. 21 D. h. t., Lenel für l. 10 D. h. t.), theilweise versuchen sie verschiedene Auslegungen (Eisele S. 167 fg. 173 fg., Lenel S. 142 fg., [Stampe S. 17 fg.]. Eisele erklärt das ipso iure in l. 21 D. und l. 4 C. h. t. [für l. 21 cit. gleicher Meinung Stampe S. 23]) für interpolirt. g) Mit der hier vertretenen Auffassung stimmt im Wesentlichen (vgl. Note 4) überein Brinz in dem Aufsatz in dem Jahrb. d. gem. R. und in seinem Lehrbuch, obgleich er daneben an seiner früheren Auffassung theilweise festhält. — Was gegen die hier vertretene Auffassung eingewendet worden ist (Dernburg S. 304, Vangerow 7. Aufl. III S. 361 fg., Schwanert S. 13 fg. 22 fg., Eisele Arch. 173 fg. Compens. S. 146 fg.), hat keine überzeugende Kraft. Wenn man gesagt hat, den Ausdrücken compensare und compensatio könne die Bedeutung einer von der Gegenforderung ohne Weiteres ausgehenden Kraft oder Thätigkeit gar nicht beigelegt werden, so s. § 348 Note 3; wenn man geltend gemacht hat, eine jede Einrede (Einrede als Recht gedacht) entstehe ohne Weiteres mit der zu Grunde liegenden Thatsache, und es leuchte nicht ein, welche Veranlassung vorgelegen habe, dieß für die Compensationseinrede besonders hervorzuheben, so ist darauf zu erwidern, daß die geforderte Veranlassung darin liegt, daß bei der Compensationseinrede der Entschluß des Schuldners, sie geltend zu machen, eine viel größere Rolle

derungsrecht des Gläubigers bis dahin eine Einrede entgegengestanden habe[12]. Das Gleiche gilt, wenn der Schuldner die Compensationseinrede zwar entgegensetzt, dieselbe aber vom Richter wegen Unzulässigkeit der Compensation verworfen wird[13]. Macht der Schuldner von der Compensationseinrede Gebrauch und wird dieselbe vom Richter zugelassen, so wird die Klage des Gläubigers zurückgewiesen, und damit ist dessen Forderungsrecht, zugleich aber auch das zur Compensation verwendete Forderungsrecht des Schuldners endgültig beseitigt[14].

---

spielt, als bei allen anderen Einreden, weil die Geltendmachung der Compensationseinrede dem Schuldner etwas kostet, also der Schein entstehen kann, als wenn durch das vom Schuldner gebrachte Opfer die Einrede erst erzeugt würde. S. Note 11. 12. Ueber ein anderes gegnerisches Argument s. Note 20. — Eine praktische Bedeutung (vgl. Ubbelohde S. 3—5) hat diese Meinungsverschiedenheit nur insofern, als sie mit der Frage zusammenhängt, ob eine Einwirkung der Gegenforderung auf die Forderung erst mit der Entgegensetzung, oder sogleich mit der Existenz der Gegenforderung eintritt.

[11] S. die Stellen in Note 2. Seuff. Arch. XXI. 128, XXIII. 122. — Daß es von der Willkür des Schuldners abhängt, ob er von seiner Einrede Gebrauch machen will, gilt zwar bei allen Einreden; aber hier hat es einen ganz besonderen Sinn. Denn die Geltendmachung anderer Einreden gewährt dem Schuldner lediglich einen Vortheil; in der Geltendmachung der Compensationseinrede aber liegt zugleich eine Aufopferung, Verwendung einer Forderung zum Zweck der Befreiung. Aus diesem Grunde kann auch der Schuldner, welcher die Forderung eines Andern entgegenzusetzen an und für sich berechtigt ist, dieselbe nicht ohne Zustimmung des Gläubigers bez. Sicherheitsleistung entgegensetzen (§ 350 Note 19. 22). Aus demselben Grunde ist Leistung mit Verzicht auf die Compensationseinrede nicht Schenkung, wie es sonst Schenkung ist, wenn der Schuldner mit Verzicht auf eine ihm zustehende Einrede leistet.

[12] Wenn er das Forderungsrecht des Gläubigers durch Zahlung befriedigt, so kann er sich nicht darauf berufen, daß dasselbe bereits anderweitig durch Aufrechnung eines ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderungsrechts, befriedigt gewesen sei. Deßwegen kann er namentlich auch dem Gläubiger die Zinsen der Zwischenzeit nicht vorenthalten. In früheren Auflagen habe ich gesagt, daß durch die Nichtgeltendmachung der Compensationseinrede die bis dahin vorhanden gewesene Hemmung des Forderungsrechts rückwärts wieder aufgehoben werde, und habe mich dafür auf die Analogie des Rechtsverhältnisses beim Vermächtniß nach Ausschlagung desselben berufen. Ich glaube aber, daß man die Kategorie der Rückwirkung vermeiden soll, wo man es kann.

[13] Von diesem Fall ist die Rede in l. 7 § 1 D. h. t., l. 7 [8] § 2 D. de neg. gest. 3. 5, l. 1 § 4 D. de contr. tut. 27. 4. — Verwirft der Richter die Compensationseinrede, weil er die Gegenforderung aberkennt, so ist gegen die letztere (bis zum Betrage der eingeklagten Forderung) exceptio rei iudicatae begründet. S. I § 130 Note 21b und vgl. Dernburg § 69.

[14] Das Urtheil weist den Gläubiger zurück, weil er wiedergeben müßte, wenn er erhielte, und spricht damit aus, daß er seinerseits zum Geben nicht verpflichtet sein solle. Das Urtheil nöthigt den Gläubiger, vom Schuldner statt der Leistung des Geschuldeten eine Befreiung anzunehmen, es vollzieht eine vom Schuldner dem Gläubiger aufgedrängte in solutum datio. Eisele S. 229 fg. 361 fg. faßt das Verhältniß so auf, daß das Urtheil den mangelnden Compen-

5. In anderer Weise, als durch Entgegensetzung der Compensationseinrede und Erlangung eines den Gläubiger zurückweisenden Urtheils, und namentlich durch eine einseitige Compensationserklärung, kann der Schuldner nicht bewirken, daß die beiden Forderungsrechte, das des Gläubigers und sein eigenes, definitiv beseitigt seien[15]. Doch kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die ihm vom Schuldner angebotene Befriedigung durch Compensation nicht annimmt[15a]. Deßwegen darf auch dem Schuldner eine Klage auf Compensation nicht versagt werden[16]. Es ist ferner dem Schuldner das Recht einzuräumen, die Annahme der ihm vom Gläubiger (seinem Schuldner) angebotenen Leistung mit Berufung auf die Compensation zu verweigern[16a], nicht aber auch das Recht, die in Unkenntniß der dem Gläu-

---

sationswillen des Gläubigers ersetze und daher einen Compensationsvertrag vollziehe. Mir scheint das ein unnöthiger Umweg zu sein. Der Gläubiger wird abgewiesen nicht weil er auf sein Forderungsrecht verzichtet hat (weil er als ein Verzichtethabender rechtlich behandelt wird), sondern weil er verzichten muß.

[15] Der Schuldner kann nicht den Compensationsvertrag (§ 351 Ziff. 2) durch eine einseitige Erklärung ersetzen. Deßwegen darf auch nicht der Gläubiger seinerseits sich auf die einseitige Compensationserklärung des Schuldners berufen. [Die entgegengesetzte Meinung ist in der Praxis sehr verbreitet. Seuff. Arch. VII. 169, XXII. 128, XXIII. 122, XXX. 134, XXXVIII. 222, Entsch. d. RG. VII. S. 245, XI. S. 119. Dawider Seuff. Arch. XLII. 222. Für die entgegengesetzte Meinung auch Ohnesorge S. 285—291., für die hier angenommene die in der folgenden Note genannten Schriftsteller, auch Wendt S. 581.]

[15a] l. 20 § 2 (vgl. 3 § 1) D. de statulib. 40. 7, l. 12 C. h. t. Vgl. Dernburg S. 364, Schwanert S. 68 fg., Eisele S. 252 fg. [Stampe S. 31 fg]. Aus l. 12 cit. könnte man geneigt sein, Mehr zu folgern, nämlich daß die Compensationserklärung nicht wie Zahlungsangebot wirke, sondern wie Zahlung. Aber es kommt in Betracht, daß l. 12 cit. ein Rescript enthält. Vgl. auch Eisele a. a. O. S. 254. A. M. Ohnsorge S. 285—291.

[16] Hierfür gibt es ein entscheidendes Quellenzeugniß nicht (über l. 5 C. h. t. vgl. Dernburg S. 548, Eisele Compens. S. 362). Kommt aber der Gläubiger durch Nichtannahme der angebotenen Compensation in Verzug, so ist damit ausgesprochen, daß er durch Nichtannahme Unrecht thue, und man wird nicht zu weit gehen, wenn man dem Schuldner nicht das Mittel versagt, um denselben Effect hervorzurufen, welchen er erzielt haben würde, wenn der Gläubiger dieses Unrecht nicht begangen hätte. Hiernach nehme ich auch in dieser Beziehung meine frühere Ansicht zurück. Vgl. Krug § 100, Dernburg § 64, Eisele S. 360 fg., Schwanert S. 68, Eck (§ 348 Note *) S. 140. Seuff. Arch. XXXVII. 105. Eisele a. a. O. sieht einen Quellenbeweis für das Klagerecht des Schuldners in der demselben gewährten condictio indebiti. Aber mit der condictio indebiti verlangt und erlangt der Schuldner nur Aufrechterhaltung des Zustandes des Nichtbezahlenmüssens.

[16a] Das Gegentheil habe ich in der 4. Auflage ausgesprochen, indem ich geltend machte: kann der Schuldner durch Anbieten der Compensation die Forderung des Gläubigers nicht definitiv beseitigen, so bleibt auch seine Forderung bestehen, und der Gegner darf sie als bestehende behandeln. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß es einem Gläubiger nicht gestattet sein kann, die seinem

biger gegen ihn zustehenden Forderung angenommene Leistung zurückzugeben[17].

6. [18]Hat der Gläubiger mehrere Forderungen gegen den Schuldner, so steht die Compensationseinrede einer jeden derselben entgegen[19], aber der Schuldner kann sie natürlich nur gegen Eine Forderung gebrauchen[19a]. Hat der Schuldner mehrere Forderungen gegen den Gläubiger, so steht ihm kraft einer jeden derselben die Compensationseinrede gegen den Gläubiger zu, und es hängt von ihm ab, welche der mehreren For-

---

Schuldner ihm gegenüber gewonnene Rechtsposition einseitig zu verkümmern. Vgl. Krug S. 264, Fuhr (Note 18) S. 142, Dernburg S. 588, Eisele S. 233.

[17] A. M. die in der vorigen Note genannten Schriftsteller (Eisele S. 268). In Beziehung auf diesen Punkt bleibe ich bei der früher von mir geäußerten Ansicht stehen, und wiederhole was ich gesagt habe: der Schuldner hat ein Vermögensstück (sein Forderungsrecht gegen den Gläubiger) in einer Weise verwendet (durch Zahlungsannahme), wie er es nicht verwendet haben würde, wenn er nicht im Irrthum gewesen wäre; das kann ihn nicht berechtigen, die gemachte Verwendung zurückzunehmen. Dernburg und Eisele glauben, aus diesem Argument würde auch der Ausschluß der condictio indebiti folgen: aber der Schuldner, welcher die condictio indebiti anstellt, hat eben eine Kleinigkeit mehr für sich, die Zahlung eines indebitum. L. 19 D. de leg. II°, auf welche ich mich schon früher berufen habe, beweist allerdings, wenn auch nicht direct: sie sagt, daß der Wahlberechtigte das in Unkenntniß seines Wahlrechts Eingeforderte nicht nach Aufklärung seines Irrthums zurückgeben könne.

[18] Vgl. zum Folgenden Fuhr Arch. für prakt. RW. I Heft 2 S. 141—155, Krug § 52. 81, Dernburg § 65, Schwanert S. 71 fg., Eisele S. 365 fg., Sintenis II S. 438, Brinz 2. Aufl. II S. 427. [Kretschmar Secum pensare S. 62 fg., Dernburg I § 64 Note 4.]

[19] Für jede derselben ist wahr, daß der Gläubiger dolo facit, si petit, quod redditurus est. Steht die Compensationseinrede auch jedem Theil der Forderung entgegen (der Kläger klagt nur einen Theil ein)? Verneint vom RG. 3. Senat 18/6 80 (Fenner und Mecke II S. 83, Seuff. Arch. XXXVI. 188) und 6/2 85 (Entscheid. XIII S. 175 [Seuff. Arch. XLI. 96]). Anders RG. 1. Hülfssenat 19/5 82 (Entscheid. VII S. 244).

[19a] Indem der Schuldner kraft seiner Forderung eine der Forderungen des Gläubigers mit der Compensationseinrede zurückschlägt, zehrt er seine Forderung auf, und macht dadurch die übrigen Forderungen des Gläubigers frei. Und zwar macht er sie rückwärts frei: in folgendem Sinne. Es bleibt zwar wahr, daß bis hierhin auch diesen anderen Forderungen eine Einrede entgegengestanden hat. Aber ebenso wahr ist es, daß dem Gläubiger für diese anderen Forderungen durch die ihm gegen die Forderung des Schuldners gewährte Einrede eine Befriedigung nicht verschafft worden ist, da die durch diese Einrede stille gestellte Forderung des Schuldners anderweitig gegen ihn verwerthet worden ist. Hat er nun von der ihm gewährten Einrede keinen Vortheil, so darf auch der Schuldner von der ihm gewährten Einrede keinen Vortheil haben, so daß er namentlich auch die Zinsen der Zwischenzeit bezahlen muß. Eisele S. 227 meint: es sei ebensowenig möglich, daß eine Forderung von 100 drei Forderungen von je 100 afficire, wie es möglich sei, daß eine Forderung von 100 eine Forderung von 300 afficire. Darauf ist zu antworten, daß der Grund der Compensationseinrede nicht die Befriedigung des Gläubigers ist.

derungen er zur Compensation verwenden will[20]. Kann aber im ersten Fall der Gläubiger die Compensationseinrede des Schuldners mit Berufung auf seine andere Forderung zurückschlagen? ist gegen die Einrede der Compensation die Replik der Compensation zulässig?[21] Es ist zu unterscheiden: die Replik der Compensation ist zulässig, wenn sie als Einrede bereits begründet war zur Zeit, wo die eingeklagte Forderung entstanden ist[22]; ist dieß nicht der Fall[23], so ist sie unzulässig[24], es müßte denn der Gläubiger vor Entgegensetzung der Compensationseinrede dem Schuldner erklärt haben, gegen dessen Gegenforderung mit seiner anderen Forderung compensiren zu wollen[25].

c. Voraussetzungen.

§ 350.

Die Compensation setzt voraus:

1) eine gültige, daher auch eine durch Einrede nicht entkräftete

---

[20] Vgl. l. 5 D. h. t. Von diesem Fall entnimmt Schwanert S. 22 fg. ein Argument gegen die hier vertretene Auffassung; durch die Existenz der erst entstandenen Gegenforderung sei die Forderung bereits „inhaltlos" gemacht, und es bleibe daher für eine später entstehende Gegenforderung kein Raum für eine Wirksamkeit. Aber 1) warum sollte nicht dem Schuldner eine Mehrheit von Einreden zustehen können? 2) Befriedigt wird der Gläubiger nicht mit allen Forderungen des Schuldners, sondern nur mit einer (Note 19a).

[21] Ist sie zulässig, so hat der Gläubiger die Wahl, welche von seinen mehreren Forderungen er durchsetzen will; im entgegengesetzten Fall hat der Schuldner die Wahl, welche von den mehreren Forderungen des Gläubigers zur Hebung gelangen soll.

[22] Also wenn die eingeklagte Forderung jünger ist, als die Gegenforderung des Schuldners und die andere Forderung des Gläubigers, mag die Gegenforderung jünger oder älter sein als die andere Forderung des Gläubigers. Die dem Schuldner (hier dem klagenden Gläubiger) einmal erworbene Compensationseinrede kann ihm ohne seinen Willen nicht mehr genommen werden.

[23] Es ist nicht der Fall: a) wenn die andere Forderung des Gläubigers jünger ist, als die eingeklagte Forderung und die Gegenforderung; b) wenn die Gegenforderung jünger ist, als die beiden Forderungen des Gläubigers.

[24] Zwar ist in diesem Falle wahr, daß der Gläubiger ein Recht hat, mit jeder seiner Forderungen gegen die Forderung des Schuldners zu compensiren; aber es ist nicht minder wahr, daß der Schuldner ein Recht hat, mit seiner Forderung gegen jede Forderung des Gläubigers zu compensiren. Wollte der Gläubiger der Compensationseinrede des Schuldners entgegensetzen, es sei nicht wahr, daß er (der Gläubiger) dolo handele, weil es nicht wahr sei, daß er zurückgeben müsse, was er fordere, da er nicht zurückgeben müsse, wenn nicht der Schuldner seinerseits fordere, was er zurückgeben müsse: so hieße das, von dem Schuldner verlangen, daß er nicht unerlaubt handele, damit die unerlaubte Handlung des Gläubigers zu einer erlaubten werde.

[25] Dieß folgt aus dem zu Note 15a Gesagten. — Die Ansichten der Schriftsteller über den in dieser Nummer behandelten Fall sind außerordentlich verschieden; Eisele a. a. O. läßt einfach die Prävention entscheiden. Aus der Praxis

Gegenforderung[1]. Fällt die Gegenforderung weg, sei es direct, sei es durch Begründung einer Einrede, so hört auch die Compensation wieder auf[2].

2. Daß die Gegenforderung klagbar sei, ist an und für sich nicht erforderlich; an und für sich ist auch eine natürliche Verbindlichkeit des Gläubigers zur Compensation hinreichend[3]. Jedoch haben die im

---

vgl. Seuff. Arch. I. 30, XIX. 141—144, XXII. 33, XXX. 134, XXXII. 31, XXXIII. 13, XXXVIII. 222, XL. 282 (RG.). Entscheid. des RG. VII S. 244 fg.

§ 350. [1] L. 14 D. h. t. „Quaecunque per exceptionem peremi possunt, in compensationem non veniunt". — Compensation mit einer irrthümlich als bestehend angenommenen Gegenforderung: Seuff. Arch. XIX. 224. Compensation mit einer bereits eingeklagten Forderung? l. 8 D. h. t. Krug § 94, Dernburg S. 537 fg., Eisele S. 368 fg., Schollmeyer die Compensationseinrede im Deutschen Reichs-Civilproceß S. 52 fg. Seuff. Arch. VII. 300, XVI. 39, XX. 28, XXI. 117, XXVII. 118. Recht der CPO.: Schollmeyer a. a. O. S. 67 fg.

[2] Bleiben für die Vergangenheit die rechtlichen Wirkungen, welche die Compensation bis dahin erzeugt hat, bestehen? Ich habe diese Frage in früheren Auflagen bejaht. Diese Bejahung ist unrichtig jedenfalls für diejenigen Aufhebungsthatsachen, welche eine Befriedigung des Gläubigers (des Gläubigers in der Gegenforderung) enthalten. Indem der Gläubiger sein Forderungsrecht anderweitig verwerthet, wird die seinem Schuldner (dem Gläubiger in der Forderung) gewährte Compensationseinrede auf ein ökonomisches Nichts reducirt, und deßwegen darf auch er aus der ihm gewährten Einrede keinen Vortheil ziehen wollen (vgl. § 349 Note 19a). Aber auch für diejenigen Aufhebungsthatsachen, welche eine Befriedigung des Gläubigers nicht enthalten, ist es mir sehr zweifelhaft, ob die aufgeworfene Frage bejaht werden darf. Muß nicht auch in diesem Fall gesagt werden, daß der Schuldner von der ihm gewährten Compensationseinrede keinen Vortheil gehabt habe, und daher auch der Gläubiger von der seinigen keinen Vortheil haben dürfe? — Die Compensation fällt im Besonderen weg auch durch die Verjährung der Gegenforderung. Man hat das Gegentheil behauptet, entweder mit Berufung auf den Satz, daß ipso iure compensatur, indem man denselben nämlich von einer directen Aufhebung der Forderung durch die Gegenforderung, sofort oder nach gemachter Compensationseinrede, verstand (§ 349 Note 10 lit. a und b) — so auch Seuff. Arch. II. 163, XIV. 19, XV. 118, XXXIX. 203, XL. 283 (RG), dawider IX. 253 — oder mit Berufung auf den Satz, daß Einreden nicht verjähren (Seuffert § 287 Note 13 a. E., Dernburg S. 473 fg.). Das letztere Argument hat etwas Bestechendes, wenn man bedenkt, daß das Recht selbst die Gegenforderung zur Einrede verwendet. Aber es hemmt durch diese Verwendung nicht ihre freie Bewegung; es gestattet dem Berechtigten, sie in jeder anderen Weise geltend zu machen. Er bleibt Forderungsberechtigter, als wenn seine Forderung zur Einrede nicht verwendet worden wäre, und muß daher auch den gewöhnlichen Verjährungsregeln unterliegen. Vgl. I § 112 Note 8. S. noch Seuff. Arch. XIII. 8, XXVI. 123 (gegen den Wegfall der Compensation, ohne Angabe des Grundes). HGB. Art. 911. Für den Wegfall der Compensation natürlich nach seiner Grundauffassung Eisele S. 333. — (Präclusion im Provocationsproceß: Seuff. Arch. XXII. 32.)

[3] L. 6 D. h. t. „Etiam quod natura debetur, venit in compensationem."

heutigen gemeinen Recht anerkannten Fälle der natürlichen Verbindlichkeit Compensationskraft nicht[4].

3. Die Gegenforderung muß fällig sein[5]; jedoch schadet eine dem Schuldner[5a] gewährte Schonungsfrist nicht[6]. Daß die Gegenforderung an demselben Orte fällig sei, wie die Forderung, ist nicht nothwendig; nur muß, wenn sie es nicht ist, das Interesse des Schuldners in Anschlag gebracht werden[7].

4. Ein wesentliches Erforderniß der Compensation ist, daß die Gegenforderung auf eine Leistung gleicher Art gehe, wie die Forderung[8]. Auf Grund dieses Erfordernisses ist der Hauptfall, in welchem die Compensation eintritt, der, wo Forderung und Gegenforderung auf eine Geldleistung gehen; er ist aber nicht der einzige[9]. Ob die beiden Forderungen von Anfang an auf eine Leistung gleicher Art gehen, oder kraft einer späteren Verwandelung einer derselben oder beider, ist gleichgültig[10].

L. 20 § 2 D. de statulib. 40. 7. Vgl. § 288 Note 12. A. M. Wildhagen Verjährung der Einreden S. 90 fg.

[4] S. § 289 und im besonderen das. Note 13. 21. 22. Vgl. Krug § 41. Dernburg S. 469—471, Eisele S. 328—335.

[5] L. 7 pr. D. h. t. „Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dari oporteat". Seuff. Arch. II. 279, VIII. 214, XXVIII. 124, XXXII. 125. Im Concurse können nach KO. § 47 auch betagte und bedingte Gegenforderungen geltend gemacht werden. Mandry S. 437 fg. 440.

[5a] Dem Schuldner in der Gegenforderung — dem Gläubiger in der Hauptforderung.

[6] L. 16 § 1 D. h. t.: — „aliud est enim, diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis". Dernburg S. 476—483.

[7] Des Schuldners in der Gegenforderung — des Gläubigers in der Hauptforderung. Nicht auch das Interesse des Gläubigers in der Gegenforderung — des Schuldners in der Hauptforderung, der ja nicht zu compensiren braucht, wenn er auf den Ort der Leistung, auf welchen er ein Recht hat, nicht verzichten will. L. 15 D. h. t. Abweichend Dernburg S. 502—505, Eisele S. 321—322.

[8] Es ist nothwendig, daß die Leistung, welche der Schuldner von dem Gläubiger zu fordern hat, als Leistung des Schuldners an den Gläubiger gedacht, ihrer Art nach dem Forderungsrecht des Gläubigers genügen würde. Dieß folgt aus dem Begriff der Compensation, und wird daher in den Quellen vorausgesetzt, ohne daß sie es ausdrücklich hervorheben. Vgl. übrigens Paul. sentent. II tit. 5 § 3, Gai. IV. 66. Seuff. Arch. XXV. 229. — KO. § 47 Abs. 4. Mandry S. 439 fg.

[9] Nähere Ausführungen bei Krug § 42—50, Dernburg § 57—58, Eisele S. 315—327, Sintenis S. 428—431. S. auch Holzschuher III § 247 Nr. 2.

[10] Vgl. l. 8 C. h. t., l. 1 C. rer. amot. 5. 21. Seuff. Arch. XXV. 229. Im classischen römischen Recht ging die Verurtheilung immer auf Geld; weßwegen mit einer Geldforderung gegen jede Forderung compensirt werden konnte.

5. Daß die Gegenforderung nicht liquid ist[11], d. h. noch einer Feststellung, durch Berechnung oder Beweis, bedarf, schadet der Compensation nicht. Jedoch ist der Richter berechtigt und verpflichtet, die Compensation aus diesem Processe zurückzuweisen[12], wenn die Feststellung der Gegenforderung voraussichtlich eine Zeitdauer in Anspruch nimmt, welche in keinem Verhältniß steht zu der für die Feststellung der Forderung erforderlichen Zeit[13]. [Diese Vorschrift findet keine

Rührte die Gegenforderung aus demselben Grunde her, wie die Forderung, was immer ein bonae fidei iudicium voraussetzte, so wurde auch die Gegenforderung in Geld angeschlagen, so daß hier Compensation unbedingt zulässig war. Gai. IV. 61. Bei der actio arbitraria soll nach der Ansicht von Dernburg S. 95 fg. auf Verlangen des Beklagten, um diesem die Compensation möglich zu machen, eine Geldcondemnation auch dann eingetreten sein, wenn der Beklagte zur Erfüllung bereit gewesen sei, der Kläger aber die Befriedigung der ex eadem causa herrührenden Gegenforderung verweigert habe. Aber ich glaube nicht, daß dieser Satz durch l. 18 § 4 D. commod. 13. 6, auf welche Stelle sich Dernburg beruft, bewiesen wird. Diese Stelle setzt Geldcondemnation voraus; welches der Grund derselben sei darüber sagt sie nichts. Die in der ersten Auflage (S. 428 unt.) aufgestellte Behauptung, daß der bezeichnete Satz auch für das heutige Recht Geltung habe, hält Dernburg gegenwärtig (S. 501) nicht mehr aufrecht. Vgl. Eisele S 323 fg.

[11] Reh Arch. f. civ. Pr. II S. 210 fg., Seuff. das. III S. 195—198, Gensler das. III S. 209—210, Burchardi Zeitschr. f. Reichs- und Landesrecht II S. 1 fg. (dieser im Jahr 1875 erschienene Aufsatz berücksichtigt nicht das Werk von Dernburg); Hasse und Tellkampf in den bei * citirten Aufsätzen, Bethmann-Hollweg das. S. 258—263; Krug § 89—93, Dernburg § 66—68, Eisele § 29, Fritz Erläuter. II S. 406—408, Vangerow III § 618 Anm. 2, Sintenis II S. 432 und dazu Anm. 42, Brinz 2. Aufl. II S. 425.

[12] Aus diesem Processe und zur besonderen Ausführung verwiesen wird die Compensation, nicht lediglich die Forderung. Thut daher der Schuldner später seine Forderung dar, so kann er Alles verlangen, was er gehabt haben würde, wenn damals auf die Compensation Rücksicht genommen worden wäre. Namentlich gilt dieß auch für den Ausschluß des Zinsenlaufes und des Verzuges. Hasse Arch. f. civ. Pr. VII S. 201, Dernburg S. 566 fg.; a. M. Eisele S. 345 fg. A. M. für das Recht der CPO. Schollmeyer (Note 13) S. 136 fg.

[13] Die im Text aufgestellten Sätze beruhen auf Justinian's Vorschrift in l. 14 § 1 C. h. t. Uebereinstimmend CPO. § 136 Abs. 2, § 274. [Entsch. d. RG. XV S. 376. Dernburg II § 64 Note 7.] Ueber die processualische Bedeutung des § 136 Abs. 2 s. noch Schollmeyer die Compensationseinrede im deutschen Reichs-Civilproceß (1884) S. 6 fg. 36 fg. — Durch die CPO. ist eine früher vielfach vertheidigte Ansicht definitiv beseitigt worden, welche dahin ging, daß im ordentlichen Processe die Compensationseinrede nie zurückgewiesen werden dürfe, wenn sie rechtzeitig, d. h. mit der Einlassung auf die Klage, vorgebracht worden sei. Dieser Satz wurde theils auf eine besondere Auslegung der l. 14 § 1 cit. gestützt (so namentlich Schwanert S. 51 fg., Eisele S. 338 fg.), theils auf ein abänderndes, mit den Grundsätzen des deutschen Processes in Verbindung stehendes Gewohnheitsrecht (so namentlich Dernburg § 68). Dagegen namentlich Hasse a. a. O.; ihm sind beigetreten Fritz, Vangerow, Sintenis a. a. OO., Puchta § 289. h, Arndts § 264 Nr. 5, und danach ist erkannt bei Seuff. Arch. V. 123, VIII. 33, IX. 145. 279, XIV. 132, XVII. 132. 134

Anwendung auf Gegenforderungen, welche auf der nämlichen Thatsache beruhen, wie die Forderung[14].][15].

6. Was die subjectiven Beziehungen der Gegenforderung angeht[16], so ist natürlich die Regel, daß die Gegenforderung eine Forderung des Schuldners gegen den Gläubiger sein muß[17]. Jedoch kann: a) der Bürge mit der Forderung des Hauptschuldners compensiren[18]; b) der Correalschuldner mit der Forderung des Mitschuldners,

---

XXIII. 223, XXVII. 117, XXXIV. 36; Kierulff Entsch. des OAG. zu Lübeck II S. 205. 206. Dawider und für die zuvor bezeichnete Ansicht, außer den oben Genannten: Krug a. a. O., Hartter S. 225 fg., Seuffert § 287 a. E., Briegleb summar. Processe S. 193 Note *; Seuff. Arch. I. 366, VII. 108, VIII. 122, XIV. 21, XV. 17, XVIII. 232, XXI. 116. Vgl. XXXVI. 113. Daß diese Ansicht für Holstein durch Usualinterpretation Gesetzeskraft erhalten habe, nimmt an das Erk. des OAG. zu Berlin bei Seuff. Arch. XXIII. 204. Besondere Meinungen bei Brinz Compens. § 47. 48, Scheurl S. 179—182. S. auch Holzschuher III § 247 Nr. 3. b. — In diesen Zusammenhang gehört auch die Meinung, daß gegen eine liquide Geldforderung eine erst durch Abrechnung festzustellende deßwegen nicht compensirt werden könne, weil die letztere nicht sowohl auf Geldleistung, als auf Abrechnung gehe. So Seuffert Arch. f. civ. Pr. III S. 195 fg., Seuff. Arch. I. 32, II. 281, VIII. 33, vgl. XVII. 133; dawider Gensler Arch. f. civ. Pr. III S. 199 fg., Hasse das. VII S. 149, Dernburg S. 490 fg. — Vgl. noch Seuff. Arch. I. 31.

[[14] CPO. § 136 Abs. 2: — „eine Gegenforderung, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichen Zusammenhang steht". In dem Recht vor der CPO war diese Frage streitig. Für die Erstreckung der l. 14 § 1 cit. auf Gegenforderungen ex pari causa der allgemeine Ausdruck der Stelle, Vangerow Anm. 2 Nr. 2, vgl. Dernburg S. 559; a. M. Hasse S. 184. 203, Bethmann-Hollweg S. 258, Seuff. Arch. V. 123, IX. 279, XIV. 132, XVII. 134, XXIII. 223, vgl. XXVII. 117.]

[15] Die besondere Vorschrift der l. 46 § 4 D. de I. F. 49. 14 („Qui compensationem opponit fisco, intra duos menses debitum sibi docere debet") erklärt sich aus l. 41 C. Th. de appell. 11. 30 und erweist sich danach als heutzutage unanwendbar. Dernburg S. 561. Vgl. Seuff. Arch. III. 112.

[16] Krug § 58—70, Dernburg § 44—54, Eisele S. 283 fg., Eck Zeitschr. f. RPflege u. Gesetzgeb. in Preußen III S. 129 fg.; Sintenis S. 419—423.

[17] Der Schuldner kann also nicht compensiren, was nicht er, sondern ein Dritter vom Gläubiger zu fordern hat und ebensowenig, was zwar er, aber nicht vom Gläubiger, zu fordern hat. Auf den ersten Fall beziehen sich l. 18 § 1 D. l. 9 C. h. t., auf den letzten l. 23 D. eod. Ueber l. 16 pr. D. t. h. s. Dernburg S. 389—390, Eisele S. 292. — Einfluß der ehelichen Güterverhältnisse: Krug § 70, Dernburg S. 450 fg., Saran Zeitschrift f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII S. 89 fg. (römisches Dotalrecht); Seuff. Arch. II. 280, XI. 159. Compensation gegenüber der Handelsgesellschaft: HGB. Art. 121. 169; Thöl Handelsr. I S. 237. 6. Aufl. § 97, Dernburg § 52.

[18] L. 4 D. h. t. (§ 349 Note 4), l. 5 eod. Eigentlich bringt der Bürge die Forderung des Hauptschuldners nicht sowohl seiner eigenen Verpflichtung gegenüber zur Aufrechnung, als vielmehr der Verpflichtung des Hauptschuldners gegenüber, indem er nämlich geltend macht, daß diese letztere durch die Gegenforderung des Hauptschuldners aufgehoben oder gemindert sei, und er als Bürge nicht weiter hafte, als der Hauptschuldner. Vgl. Dernburg S. 457 fg., Eisele

wenn dieser ihm regreßpflichtig ist[19]. In gleicher Weise kann c) der Schuldner mit der Forderung, welche ihm gegen einen Mitgläubiger seines Gläubigers zusteht, compensiren, wenn der Gläubiger dem Mitgläubiger regreßpflichtig ist[20]. d) Durch Uebertragung der Forderung kann dem Schuldner die einmal erworbene Compensationseinrede nicht genommen werden; er kann also dem neuen Erwerber gegenüber mit seiner Forderung gegen den früheren Gläubiger compensiren[21]. e) Die

---

S. 297 fg. 300 fg. L. 4 D. h. t. (§ 349 Note 4), l. 5 eod. In derselben Lage, wie der Bürge, ist der dritte Pfandbesitzer (I § 225 Note 3). Seuff. Arch. XIV. 20.

[19] L. 10 D. de duob. reis 45. 2. „Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet". Der Grund, weßwegen es im Fall der societas anders sein soll (Seuff. Arch. I. 33. XXIX. 236), ist, weil in diesem Fall die Leistung des Belangten auf den Mitschuldner zurückfällt. Daher ist die Ausdehnung auf jeden anderen Fall, wo ein Regreßanspruch begründet ist, unbedenklich. Vgl. auch Krug S. 161. Aber kann der Belangte die Forderung des Mitschuldners ganz zur Compensation bringen, oder nur so weit, wie dessen Regreßpflicht reicht? Das Letztere folgt aus dem Grunde des Satzes, und die angeführte Stelle widerspricht nicht. Uebrigens wird nach l. 9 § 1 D. h. t. der Belangte Sicherheit dafür geben müssen, daß der Mitschuldner die Compensation genehm halten werde. Vgl. Dernburg S. 463. A. M. Eisele S. 297 fg.

[20] Dieser Satz hat kein ausdrückliches Zeugniß der Quellen für sich; aber die Analogie des zuvor erwähnten Satzes läßt sich nicht wohl abweisen. Die Leistung an den Gläubiger, welcher fordert, ist im Resultate eine Leistung an den Mitgläubiger, gegen welchen dem Schuldner eine Forderung zusteht. So auch Dernburg S. 463 fg., Eisele S. 304; a. M. Krug S. 163, Savigny Oblig. I S. 169. o, Vangerow III § 573 Anm. V Nr. I. 1, Sintenis S. 423.

[21] Auch eine nach der Uebertragung, aber vor der Denuntiation, erworbene und fällig gewordene Forderung. Denn bis zur Denuntiation unterliegt die Forderung noch der Einwirkung aus der Person des Cedenten (§ 331, § 332 Note 7). Vgl. Krug § 65, Dernburg S. 406 fg., Sintenis S. 420—421, Eisele S. 305 fg.; s. auch Holzschuher III § 247 Nr. 12. Seuff. Arch. I. 30, II. 279, VI. 177, XII. 18, XIII. 91, XIV. 22, XXI. 43, XXXI. 220, [XLI. 97 (RG.)]. Ueber Compensation mit einer durch Cession erworbenen Forderung s. § 331 Note 2. Ueber die Compensation im Concurse (Uebergang der Forderung auf das corpus creditorum) s. Krug § 68—69, Dernburg S. 429 fg., Eisele S. 311, Sintenis S. 421—423, Holzschuher III § 147 Nr. 8. 9; Seuff. Arch. II. 117, VIII. 214, IX. 235. 236, X. 2, XI. 105, XIV. 220, XV. 119, XIX. 138, XXII. 103, XXVIII. 246, XXXI. 133. 134. Jetzt: KO. § 46—49. Mandry § 42. v. Schrutka-Rechtenstamm die Compensation im Concurse nach österreichischem Recht und mit Berücksichtigung concursrechtlicher Normen des Deutschen Reichs (1881). Entscheid. d. RG. I S. 347. — Kann nicht auch bei der Schuldübernahme der neue Schuldner die Forderung des alten compensiren? An und für sich gewiß (§ 339 Note 1): jedoch darf nicht angenommen werden, daß der alte Schuldner, welcher seine Schuld auf den neuen Schuldner abwirft, demselben die Verwendung einer ihm zustehenden Forderung zur Compensation habe gestatten wollen. Vgl. Eisele S. 314. — Vermächtniß der Forderung, Arrest, Verpfändung: Dernburg § 49, Eisele S. 311. 312.

Befugniß zur Compensation mit einer Gegenforderung, welche aus der nämlichen Thatsache herrührt, wie die Forderung, wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß in Folge der väterlichen Gewalt, in welcher der Begründer des obligatorischen Verhältnisses steht, Recht und Pflicht aus demselben auf verschiedene Personen auseinandergehen[22].

7. Ausnahmsweise findet die Compensation, wenn auch ihre übrigen Voraussetzungen vorhanden sind, nicht statt[23]: a) gegenüber der Forderung aus einer Hinterlegung[24]; b) gegenüber der Forderung aus widerrechtlicher Aneignung fremden Besitzes[25]; c) gegenüber gewissen Forderungen des Fiscus und der Stadtgemeinden[26]. Ueberdieß kann man d) gegen den Fiscus nur dann compensiren, wenn man von derselben Kasse zu fordern hat, deren Schuldner man ist[27]. Die Compensation ist ferner ausgeschlossen e) gegenüber der Alimentenforderung[28], und kann f) ausgeschlossen werden durch Verzicht des

[22] Der Gewaltunterworfene hat die Pflicht, der Gewalthaber hat das Recht. Aber der Gewalthaber kann das Recht nicht geltend machen, ohne der dem Recht entsprechenden Pflicht zu genügen, und die Pflicht des Gewaltunterworfenen kann gegen den Gewaltunterworfenen nicht geltend gemacht werden, ohne daß dem der Pflicht entsprechenden Recht — Zustimmung des berechtigten Vaters zur Compensation vorausgesetzt — genügt wird. L. 9 D. h. t. Vgl. auch l. 31 § 1 D. de R. C. 12. 1, l. 57 pr. D. de aed. ed. 21. 1 (§ 321 Note 22). Dernburg S. 373 fg., Mandry Familiengüterrecht I S. 402, Eisele Compens. S. 296. 303.

[23] Krug § 71—78, Dernburg § 59—61, Eisele S. 349—360. Sintenis S. 433—436.

[24] L. 11 C. dep. 4. 33, l. 14 § 1 i. f. C. h. t., § 30 I. de act. 4. 6. Ueber bez. gegen Beschränkungen, welche man behauptet hat, s. Dernburg S. 514, Eisele S. 351 fg. Entsch. d. RG. XII S. 89 (= Seuff. Arch. XL. 14). Vgl. noch Seuff. Arch. VII. 326.

[25] L. 14 § 2 C. h. t. „Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur". Daß das widerrechtlich in Besitz Genommene auch im Eigenthum desjenigen stehe, welchem es entzogen worden ist, erfordert die Stelle nicht. Genügt auf der andern Seite Eigenthum ohne Besitz? So die Schriftsteller und Seuff. Arch. VI. 174. [Seuff. Arch. XVII. 235, Entsch. d. RG. XIX S. 237 (= Seuff. Arch. XLIV. 16), XXII S. 227 (= Seuff. Arch. XLIV. 248).]

[26] Für den Fiscus werden ausgenommen (l. 46 § 5 D. de I. F. 49. 14, l. 7 C. h. t., l. 20 D. eod.): Forderungen auf Abgaben und andere öffentliche Leistungen, Forderungen aus dem Verkaufe fiscalischer Sachen; für Stadtgemeinden (l. 3 C. h. t.): Forderungen auf Abgaben und andere öffentliche Leistungen, sowie auf Privatleistungen, welche zu einem öffentlichen Zwecke bestimmt sind, wie namentlich zur Armenunterstützung (alimenta), ferner Forderungen aus Darlehen und Vermächtnissen. Ueber die verschiedenen Meinungen und Auffassungen s. Krug § 72—75, Dernburg S. 524—529, Eisele S. 349—351, Sintenis Note 45—51.

[27] L. 1 C. h. t. Seuff. Arch. I. 203.

[28] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt, folgt aber aus der Natur der Alimentenforderung. Vgl. § 335 Note 6 und Dernburg S. 519,

Schuldners[29] und durch die Bestimmung des ein Forderungsrecht begründenden Erblassers und Richters[30].[31]

d. Zusätzliches.

§ 351.

1. Die im Vorstehenden entwickelten Grundsätze gelten ganz ebenso, wie für Forderungen, auch für dingliche Ansprüche[1].

2. Es kann auch compensirt werden durch den Vertrag der Parteien[2]. Der Compensationsvertrag ist eine Form des Erlaßvertrags; er ist ein gegenseitiger Erlaßvertrag, in welchem Erlaß gegen Erlaß ausgetauscht werden[2a]. Er ist Erlaßvertrag: nicht etwa ein Vertrag über eine zwiefache Leistung an Erfüllungsstatt[2b]. Er ist ein gegen=

Eisele S. 356; dawider Krug S. 296, Sintenis S. 435 Note 50 a. E., Holzschuher III § 247 Nr. 5, Seuff. Arch. XXXIV. 197, [XLIV. 15].

[29] Welcher natürlich auch sogleich in dem Begründungsvertrag und auch stillschweigend erklärt werden kann. Krug § 82—84, Dernburg S. 505—511, Eisele S. 379—380. Vgl. Seuff. Arch. I. 335, IV. 214, IX. 246, XIV. 222, XV. 216.

[30] Ausdrückliche oder stillschweigende. Wer ein Forderungsrecht begründen kann oder nicht begründen kann, kann ihm auch eine größere oder geringere Kraft verleihen. Vgl. Dernburg S. 517—519.

[[31] Ist die Compensation auch ausgeschlossen gegenüber den durch CPO. § 749 für unpfändbar erklärten Forderungen? Bejaht und verneint von dem obersten Gerichtshof für Bayern in den beiden Entscheidungen bei Seuff. Arch. XXIX. 95 und XLIII. 107, verneint vom Reichsgericht, Entsch. XXI S. 186, Seuff. Arch. XLIV. 96.]

§ 351. [1] Ausdrücklich anerkannt von Justinian in l. 14 pr. C. h. t. „Compensationes *ex omnibus actionibus* ipso iure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda". Vgl. über die verschiedenen Auffassungen dieser Stelle, Ubbelohde § 27 und die daselbst Citirten, Dernburg § 40, Schwanert S. 28 fg., Eisele Arch. S. 189 fg. 221 fg. Compens. S. 177 fg. 325. Ueber das frühere Recht: Dernburg § 39.

[2] Krug § 3. 29, Brinz Compens. § 41—43, Dernburg § 71, Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLVII S. 164 fg., Eisele S. 229 fg., Römer Abhandlungen I S. 92 fg. — Der Compensationsvertrag wird in den Quellen nicht häufig erwähnt. Vgl. l. 4 D. qui pot. 20. 4, l. 47 § 1 D. de pact. 2. 14. Keine Anwendung des Compensationsvertrages enthält l. 13 C. h. t. Krug S. 86, Römer S. 106; a. M. Dernburg S. 595, Eisele S. 241. Ebensowenig l. 51 § 1 D. de pact. 2. 14, l. 11 § 2 C. de resc. vend. 4. 44, l. 2 § 1 C. de A. E. et V. 4. 49. S. Note 3.

[2a] Dieß ist auch die Auffassung von Dernburg und Eisele.

[2b] Den Gesichtspunkt der Leistung an Erfüllungsstatt macht neben dem des „gegenseitigen Verzichts" geltend Krug S. 87. Aber wenn der Eine und der Andere auf sein Forderungsrecht verzichtet, so ist die Leistung an Erfüllungsstatt begriffsmäßig ausgeschlossen: wenn die beiden Forderungsrechte durch Verzicht aufgehoben sind, so können sie nicht in anderer Weise aufgehoben sein. — Andere stellen den Compensationsvertrag unter den Gesichtspunkt nicht der Leistung an Erfüllungsstatt, sondern der Erfüllung (Zahlung), so Bethmann-Hollweg

seitiger Erlaßvertrag: nicht eine Verbindung von zwei einseitigen Erlaßverträgen[2c]. Deßwegen wird, wenn der einen der vertragschließenden Parteien eine Forderung in Wirklichkeit nicht zusteht, auch die der anderen nicht aufgehoben, und braucht nicht erst zurückgefordert zu werden[3]. Besondere Eigenschaften von Forderung und Gegenforderung sind für den Compensationsvertrag nicht erforderlich[4.5].

3. Von dem Compensationsrecht verschieden ist das Retentions-

---

S. 268, Brinz 1. Aufl. S. 138, Bähr Anerkennung S. 161 (175), und ziehen aus dieser Auffassung auch Consequenzen, so namentlich (s. auch Note 4), daß der Compensationsvertrag bereits nach römischem Recht die Obligation ipso iure aufgehoben habe. Das Richtige ist, daß der Compensationsvertrag denselben wirthschaftlichen Zustand hervorruft, welcher stattgefunden haben würde, wenn von der einen und der andern Seite gezahlt worden wäre. Aber man darf deßwegen nicht sagen, daß das Wirkende im Compensationsvertrag die Zahlung sei. S. auch Eisele S. 235, Römer S. 93.

[2c] Dieß ist die Meinung von Römer, und gewiß kann der Compensationszweck durch zwei einseitige Erlaßverträge (römisch durch zwei Acceptilationen) erreicht werden. Aber daß die Parteien dieß gewollt haben, darf im Zweifel nicht angenommen werden, ebensowenig wie bei irgend einem obligatorischen Austauschgeschäft im Zweifel angenommen werden darf, daß die Parteien zwei selbständige und nur durch das Band der Voraussetzung aneinander gebundene Obligationen gewollt haben.

[3] Uebereinstimmend Dernburg und Eisele, auch Schlesinger Formalcontracte S. 160, [Unger S. 546. 553]. A. M. Römer nach der in der vorigen Note bezeichneten Auffassung, auch Regelsberger S. 164, weil Compensation gleich Zahlung wirke, s. auch dens. krit. VJSchr. XXI S. 286. Römer beruft sich auf l. 11 § 2 C. de resc. vend. 4. 44 und l. 2 § 1 C. de A. E. et V., und in der That glaube ich nicht, daß bestritten werden darf, daß in diesen Stellen der Gesichtspunkt der condictio indebiti angelegt und deßwegen dem Irrenden Hülfe nur bei Entschuldbarkeit seines Irrthums gewährt wird. Aber nichts nöthigt, die genannten Stellen von einem Compensationsvertrag zu verstehen, sie fügen sich vollständig zu der Annahme einer einseitigen datio in solutum durch Befreiung: derjenige, welcher wirklich Gläubiger ist, erläßt sein Forderungsrecht, um sich von dem vorausgesetzten Forderungsrecht des Andern zu befreien, und dieser nimmt den angebotenen Erlaß an Erfüllungsstatt an. Von dem gleichen Fall muß auch l. 51 § 1 D. de pact. 2. 14 verstanden werden: nur so entgeht man der Annahme eines mit einem Andern als dem (vermeintlichen) Schuldner abgeschlossenen Erlaßvertrags.

[4] A. M. Brinz 1. Aufl. S. 150; „denn die Compensation ist eine Art solutio". Vgl. Note 2b.

[5] Anwendung des Compensationsvertrags in der Contocurrentberechnung zwischen Kaufleuten: Thöl Handelsr. I § 113. II. 6. Aufl. § 317. II, Grünhut in seiner Zeitschr. III S. 473 fg., Eisele S. 377 fg., Römer S. 128 fg. — Scontration: Aufrechnung mit einer Forderung, die man gegen seinen Gläubiger durch eine vorhergehende Novation erworben hat. A ist Schuldner des C und Gläubiger des B, welcher seinerseits Gläubiger des C ist. An die Stelle der Obligation zwischen A und B und zwischen B und C wird durch Novation Eine Obligation zwischen A und C gesetzt, und nun rechnen A und C gegen einander auf. Thöl Handelsr. I § 134—136. 6. Aufl. § 339—341, Goldschmidt Handelsr. I S. 1187 fg., Cohn (§ 342 Note *) S. 1056 fg.

recht[6]. Durch das Retentionsrecht soll nicht ein Anspruch des Gegners beseitigt, sondern der Gegner zu einer eigenen Leistung genöthigt werden; es besteht in der Befugniß, eine Leistung, zu welcher man an und für sich verpflichtet ist, zurückzubehalten, bis der Fordernde seinerseits einem Anspruche, welchen man gegen ihn erhebt, Genüge leistet. Geltendgemacht wird das Retentionsrecht, wie das Compensationsrecht, durch Einrede[7]; aber die Vorschützung der Retentionseinrede bewirkt nicht Abweisung des Fordernden, sondern Bedingtheit der Verurtheilung des Verpflichteten[8]. Die Frage, wann das Retentionsrecht begründet sei, läßt sich durch Aufstellung einer allgemeinen Regel nicht beantworten[9].

---

[6] Glück XV S. 114—136. Schenck die Lehre vom Retentionsrecht (1837). Luden das Retentionsrecht (1839). Großkopf zur Lehre vom Retentionsrecht (1858, vgl. Windscheid krit. VJSchr. I S. 127—130). Cramer Arch. f. civ. Pr. XXXVII S. 305 fg. 415 fg. (1854). Lenz in Weiske's RLex. IX S. 377—401 (1855). Zaun Arch. f. prakt. RW. N. F. IV S. 369 fg. (1857). Harder Arch. f. civ. Pr. LI S. 110 fg. (1868). Langfeld die Lehre vom Retentionsrecht nach gem. R. (1886). [Darüber Bähr krit. VJSchr. XXVIII S. 411 fg., Lepa Zeitschr. f. HR. XXXIII S. 473 fg.] Goldschmidt Handelsr. I S. 962—996 (1868). Thöl Handelsr. 6. Aufl. I § 233. Dernburg S. 365 fg. Holzschuher I § 10. — Ueber und gegen die Ansicht von Brinz (Compens. 54 fg. 110 fg. 142 fg. Lehrbuch 1. Aufl. S. 646 fg.), daß Justinian in l. 14 C. h. t. ein eigenthümliches, aus Compensation, Retention und Widerklage gemischtes Institut geschaffen habe, s. Arndts § 264 Anm. 7, Dernburg S. 188 fg., Vangerow III § 618 Anm. 1 Nr. II. 2. IV, Ubbelohde S. 169 fg.

[7] Nach römischer Formulirung exceptio doli. S. z. B. l. 23 § 4 D. de R. V. 6. 1, l. 21 D. sol. matr. 24. 3, l. un. C. etiam ob chir. 8. 26 [27].

[8] Goldschmidt a. a. O. § 95 Note 1, Langfeld S. 123. Ueber die Frage, ob unter Umständen auch auf Abweisung zur Zeit erkannt werden kann, s. Langfeld S. 125. Beseitigung der Retentionseinrede durch Anbieten von Sicherheit? Goldschmidt S. 987, Langfeld S. 131 fg. Seuff. Arch. XVI. 94, XVII. 2. Retentionseinrede auch den Concursgläubigern gegenüber? Goldschmidt S. 993 fg., Langfeld S. 138 fg. Seuff. Arch. IX. 142, XXIII. 8. 70.

[9] Anwendungen des Retentionsrechts s. I § 190 Note 2. 3, I § 234 Note 1, II § 321 Note 2. 22 (vgl. Seuff. Arch. XI. 146, XXIII. 70, XXXVI. 2, XL. 270), II § 375 a. E., II § 383 Ziff. 2, II § 389 Note 8f, II § 458 Note 4, II § 461, II § 481 Note 8. Vgl. Langfeld § 6—14. — Es ist eine althergebrachte Lehre, daß das Retentionsrecht begründet sei bei Connexität des Gegenanspruchs. Aber der Begriff der Connexität ist zu unbestimmt, um als Grundlage einer Rechtsregel dienen zu können. Goldschmidt S. 964 fg. definirt jetzt: Connexität ist vorhanden, wenn Anspruch und Gegenanspruch eine natürliche oder gewollte Einheit bildet, und nimmt eine gewollte Einheit nicht bloß im Falle ausgedrückten Parteiwillens, sondern auch da an, wo ein auf dieselbe gerichteter Parteiwille deßwegen angenommen werden müsse, weil sein Gegentheil gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Also soll bona fides unbedingte Entscheidungsquelle für das richterliche Urtheil sein? Heißt das nicht, der Richter habe schlechthin nach der Billigkeit zu entscheiden? Würde ein Richter den Muth haben, den in l. un. C. etiam ob chir. 8. 26 [27] enthaltenen Satz, wenn er positiv nicht vor-

3. Zusammenkommen von Forderung und Schuld in derselben Person.

§ 352*.

Das Forderungsrecht wird ferner dadurch aufgehoben, daß Forderung und Schuld in derselben Person zusammenkommen[1], was namentlich durch Erbgang geschehen kann[2]. Der Grund der Aufhebung ist, daß Niemand ein Recht gegen sich selbst haben kann[3]; das Resultat der Aufhebung aber ist, wie bei der Compensation, daß der Gläubiger eine entsprechende Befreiung hat: bei der Compensation wird er von einer Schuld befreit, welche er gegen einen Andern hat, hier wird er von einer Schuld befreit, welche er gegen einen Andern haben würde, wenn er nicht selbst der Gläubiger wäre[4].

---

geschrieben wäre, bloß wegen seiner Billigkeit zur Anwendung zu bringen? S. auch Langfeld S. 97 fg. Vgl. Seuff. Arch. IX. 279, XXIV. 105. [Für und über das Erforderniß der Connexität Entsch. d. RG. XIV S. 231 (= Seuff. Arch. XLI. 169), XXII S. 215, Seuff. Arch. XLIII. 90 (RG.).]

* Girtanner Bürgschaft S. 503 fg. Kuntze die Obligation ꝛc. § 51. Fitting Correalobligation § 17—21. Baron Gesammtrechtsverhältnisse § 30—32. Friedmann die Wirkung der confusio nach r. R. S. 22 fg. (Greifsw. Inaug.-Diss. 1884). Waldner die Correal-Solidarität S. 70 fg. (1885). Unterholzner I § 262, Sintenis II S. 463—464. [Kretschmar Secum pensare S. 40—57.]

1 — „cum in eandem personam ius stipulantis promittentisque devenit" § 352.
(l. 107 D. de solut. 46. 3). Die Quellen sprechen in diesem Falle von Aufhebung des Forderungsrechts durch confusio. L. 75 D. de solut. 46. 3. „Sicut acceptilatio in eum diem praecedentes peremit actiones, ita et confusio; nam si debitor heres creditori exstiterit, confusio hereditatis peremit petitionis actionem". — Das moderne Recht hat Ausnahmen von diesem Satz. Vgl. Stobbe III § 175 Ziff. IV.

2 Ebenso durch Gesammtnachfolge anderer Art. Aber auch ohne Gesammtnachfolge. Ein interessanter hierher gehöriger, freilich heutzutage nicht mehr praktischer Fall in l. 7 § 1 D. de stip. serv. 45. 3 (Note 3). S. ferner § 6 I. de nox. act. 4. 8 (vgl. Gai. IV. 78), l. 37 D. eod. 9. 4, l. 18. 65 [64] D. de furt. 47. 2, l. 38 § 1 D. de leg. I° 30.

3 Also derselbe Grund, weßwegen „nulli res sua servit" (I § 200 Note 4. § 215 Note 9). Deßwegen geht das Forderungsrecht nicht unter, wenn neben dem Schuldner, welcher mit dem Gläubiger, neben dem Gläubiger, welcher mit dem Schuldner zusammengefallen ist, noch ein zweiter Schuldner bez. Gläubiger vorhanden ist, l. 71 pr. D. de fidei. 46. 1 (§ 295 Note 9). — Uebereinstimmend in Betreff des Grundes der Aufhebung Fitting und Baron a. a. O. (s. jedoch auch Note 5), [Kretschmar a. a. O.]. Vangerow (III § 573 Anm. 5 Nr. II. 1) führt die Wirkung der confusio auf die durch dieselbe bewirkte Unmöglichkeit der Ausübung des Forderungsrechts zurück, und folgert daraus, daß sie das Forderungsrecht nicht objectiv zerstöre; dagegen Fitting S. 105—107. Ueber die Meinung (Girtanner), welche die confusio kraft einer in derselben liegenden Erfüllung wirken läßt, s. die folgende Note a. E.

4 Aus diesem Grunde ist hier die confusio auch in der äußeren Anordnung mit der Compensation zusammengestellt worden, was gewöhnlich nicht geschieht

Das Forderungsrecht wird dadurch aufgehoben, daß Forderung und Schuld in einer und derselben Person zusammenkommen. Dieß setzt voraus, daß die Forderung auf den Schuldner, die Schuld auf den Gläubiger wirklich übergegangen sei; eben durch den Uebergang gehen sie unter, weil sie dadurch in eine Lage kommen, in welcher sie nicht bestehen können. Das Verhältniß ist dagegen nicht etwa so zu denken, als könnte die Forderung auf den Schuldner, die Schuld auf den Gläubiger, gar nicht übergehen, und sie gingen nur deßwegen und nur insofern unter, weil und insofern sie anderweitig nicht bestehen könnten[5].

(s. jedoch Seuffert § 290). Der Gesichtspunkt der Compensation wird geradezu angelegt in l. 33 D. sol. matr. 24. 3. Gewöhnlich aber drücken die Quellen den im Text bezeichneten Gedanken dadurch aus, daß sie die confusio in ihrer Wirkung der solutio gleichstellen. L. 21 § 1 D. de lib. leg. 34. 3: — „confusione perinde exstinguitur obligatio, ac solutione". L. 50 D. de fidei. 46. 1: — „obligatio ratione confusionis intercidit, aut, quod est verius, solutionis potestate". L. 71 pr. eod., l. 41 § 2 D. de evict. 21. 2, l. 95 § 2 D. de solut. 46. 3. In der That, der Gläubiger-Schuldner hat nach der confusio das kraft der Obligation zu Leistende in seiner Eigenschaft als Gläubiger, kraft seines Forderungsrechts; denn wäre er nicht Gläubiger, so müßte er, was er nun behält, einem Andern leisten. Daraus ziehen die Quellen auch wichtige Consequenzen. a) Der Gläubiger, welcher verpflichtet ist, den Gegenstand seiner Forderung einem Dritten herauszugeben, wird von dieser Verpflichtung nicht dadurch frei, daß er seine Forderung durch confusio verliert, l. 33 D. sol. matr. 24. 3. b) Umgekehrt verliert der Schuldner ein ihm zustehendes Regreßrecht dadurch nicht, daß er durch confusio frei wird, l. 30 l. 41 § 2 D. de evict. 21. 2, l. 11 D. mand. 17. 1 (im Fall der l. 21 § 5 D. de fidei. 46. 1 verliert der frei werdende Schuldner das Forderungsrecht nicht, weil es in der Person eines Mitschuldners fortdauert). c) Bei der Berechnung der Falcidischen Quart wird von dem Bestand der Erbschaft abgezogen, was der Verstorbene dem Erben, hinzugerechnet, was der Erbe dem Verstorbenen schuldig war, l. 6 pr. C. ad. leg. Falc. 6. 50, l. 1 § 18 l. 54 D. eod. 35. 2. d) Eine gleiche Ab- und Zurechnung findet Statt, wenn die Erbschaft einem Dritten herausgegeben werden soll, l. 2 § 15. 18 l. 20 D. de H. v. A. V. 18. 4, l. 104 § 7 D. de leg. I° 30, l. 28 [27] § 11 l. 82 [80] D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 60 [58] pr. eod. [Uebereinstimmend mit der hier entwickelten Auffassung der confusio Kretschmar a. a. O.] — Man darf aber nicht deßwegen, weil die confusio wie solutio wirkt, sagen, daß der Grund ihrer Wirkung eine — vom Recht als geschehen angenommene — Erfüllung sei. Diese Verwechselung hat Girtanner a. a. O. gemacht.

[5] Also bei confusio in Folge des Erbganges, weil der bisherige Gläubiger bez. Schuldner nicht mehr vorhanden sei. Dieß ist die Meinung von Baron. Wie er dieselbe zu begründen sucht, muß man bei ihm selbst nachlesen. Widerlegt wird sie, wenn auch die in der vorigen Note angeführten Quellenentscheidungen sich mit ihr vereinigen lassen mögen, durch die bereits (Note 2) genannte l. 7 § 1 D. de stip. serv. 45. 3, die ihres lehrreichen Inhalts wegen hier abgedruckt sein mag. „Si servus communis ab uno ex sociis stipulatus sit, si quidem nominatim alteri socio, ei soli debetur. Sin autem sine ulla adiectione pure stipulatus sit, reliquas partes is servus ceteris sociis *praeter eam partem, ex qua promissor dominus esset*, adquiret". Und doch „persona servi

Zusammenfallen mehrerer Gläubiger, welche Dasselbe zu fordern haben, oder mehrerer Schuldner, welche Dasselbe schuldig sind, ändert an dem bestehenden Rechtsverhältniß nichts[6].

4. Novation*.

a. Begriff und Wirkung.

§ 353.

Novation ist Aufhebung eines Forderungsrechts durch Begründung eines neuen; das Forderungsrecht wird dadurch aufgehoben, daß an seine Stelle ein anderes gesetzt wird[1]. Die Quelle der auf=

---

communis eius condicionis est, ut in eo, quod alteri ex dominis potest adquirere, alteri non potest perinde habeatur, ac si eius solius esset, cui adquirendi facultatem habeat" (l. 1 § 4 eod.). Hiernach ist Cession der Forderung an den Schuldner nicht wirkungslos, wie das Urtheil des OAG. zu Rostock bei Budde Entscheidungen 2c. VIII Nr. 37 annimmt, sondern hebt die Forderung auf.

[6] L. 13 D. de duob. reis 45. 2, l. 5 D. de fidei. 46. 1, l. 93 D. de solut. 46. 3 (§ 293 Note 12). Anders nur, wenn Hauptschuldner und Bürge zusammenfallen. S. § 480 Ziff. 2.

* Dig. 46. 2 Cod. 8. 41 [42] de novationibus et delegationibus. — Liebe die Stipulation und das einfache Versprechen S. 156—343 (1840). Gneist die formellen Verträge 2c. S. 148 fg. 229 fg. (1845). Fein Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegation S. 28—47 (1850). Bähr die Anerkennung § 12 (1855 [1867]). Kuntze die Obligation 2c. § 33. 58—64 (1856). Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten S. 117—129 (1858). Girtanner die Stipulation S. 231 fg. (1859). Kniep Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation (1860; darüber Windscheid krit. VJSchr. II S. 242—251 und Kuntze Schletter's Jahrb. VIII S. 101—104). Römer die bedingte Novation nach dem römischen und heutigen gemeinen Recht (1863; darüber H. Witte krit. VJSchr. VI S. 39—52). v. Salpius Novation und Delegation nach römischem Recht (1864; darüber Windscheid krit. VJSchr. VI S. 463—466 und H. Witte das. VIII S. 169—212. 321—377). Salkowski zur Lehre von der Novation nach römischem Recht (1866; darüber H. Witte krit. VJSchr. IX S. 475—502). Schauberg Zeitschr. f. Handelsr. X S. 193 fg. (1867). Hruza die Lehre von der Novation nach österr. u. gem. R. (1881; diese Schrift behandelt nur die Novation ohne Subjectswechsel und stellt das österreichische Recht in den Vordergrund, s. über dieselbe Krasnopolski krit. VJSchr. XXV S. 19—42, Strohal Grünhut's Zeitschr. X S. 410—419). [Kuntze die Obligationen im röm. u. heutigen Recht S. 125—141 (1886). Unger Grünhut's Zeitschr. XV S. 554 fg. (1888).] Unterholzner I § 288—291, Sintenis II § 105, Vangerow III § 619 in der 7. Aufl., [Brinz 2. Aufl. II § 282. 282a, Dernburg II § 59. 60, Wendt § 234]. Die Darstellung, welche P. Gide Études sur la novation et le transport des créances en droit romain, Paris 1879, p. 1—182, von der Lehre von der Novation gibt, wird man mit Vergnügen lesen, wenn man auch nicht zu der Ansicht gelangt, daß dieselbe wesentlich Neues enthalte (vgl. § 353 Note 3b. 9, § 354 Note 12, § 355 Note 9). (Vgl. über diese Schrift jetzt auch Heyrovski krit. VJSchr. XXI S. 585 fg., Czyhlarz Grünhut's Zeitschr. VII S. 357 fg., Leonhard Zeitschr. f. Handelsr. XXVI S. 307 fg.)

[1] Die Novation ist ein einheitlicher Akt sie ist nicht Aufhebung mit gleich= § 353.

hebenden Kraft des neuen Forderungsrechts ist der Wille des Gläubigers in dem alten. Insofern ist Novation Aufhebung des Forderungsrechts durch den Willen des Gläubigers; aber der Wille des Gläubigers wirkt in der Novation nicht schlechthin, wie beim Erlaß, sondern eben durch das Mittel des neuen Forderungsrechts[2]. Der Ausdruck Novation beruht auf der Vorstellung einer bloßen Umwand-

---

zeitiger Begründung, auch nicht Aufhebung um der Begründung willen (v. Salpius, s. namentlich S. 273. 339. 349), sondern eben Aufhebung durch Begründung.

[2] Der Gläubiger begabt das neue Forderungsrecht mit aufhebender Kraft, wie er bei der in solutum datio die Leistung, welche nicht Erfüllungsleistung ist, mit aufhebender Kraft begabt (§ 342 Note 10). Das Resultat der Novation ist also, daß der Gläubiger ein Erfüllungsäquivalent hat, und in diesem Sinne wird in den Quellen die Novation mit der solutio verglichen (l. 31 § 1 D. h. t), ja geradezu als solutio bezeichnet (l. 21 § 3 D. de annuis 33. 1, l. 19 § 4 D. de don. 39. 5). Aber damit wird nur auf das Resultat der Novation hingewiesen, nicht der Grund bezeichnet, weßwegen die Novation die bestehende Obligation aufhebt. Das die bestehende Obligation in der Novation Aufhebende ist das Dasein der [in Aufhebungsabsicht geschaffenen] neuen Obligation, nicht die Befriedigung, welche der Gläubiger in dieser letzteren hat. Wenigstens ist dieß die Auffassung der Quellen. Nirgends in unseren Quellen wird die Novation als eine Art der in solutum datio behandelt; sie tritt durchaus als selbständiger Modus der Aufhebung von Obligationen auf. Und doch war den Römern die in solutum datio durch Neubegründung eines Forderungsrechts nicht unbekannt (wenngleich es in den hierher zu ziehenden Stellen nicht immer zweifellos ist, ob wirklich in solutum datio, und nicht vielmehr Novation angenommen wird), s. z. B. l. 5 l. 8 § 3. 5 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 37 § 4 D. de op. lib. 38. 1, l. 18 D. de fidei. 46. 1, vgl. l. 32 D. de R. C. 12. 1, l. 21 § 1 D. de don. 39. 5, und von Schriftstellern: Fitting Correalobl. S. 51 Note 57, Römer S. 51 fg., Salkowski S. 275 fg., Arndts § 268 Anm. 8, auch unten Note 9 a. E. So ist denn auch die Novation von der in der Geschichte der in solutum datio auftretenden Controverse: ob Wirkung ipso iure oder ope exceptionis? (Gai. III. 168) vollkommen unberührt geblieben. Ja durch das ältere Recht der Novation geht eine Strömung, nach welcher der Novationsvertrag als solcher, unabhängig ob er ein Forderungsrecht erzeugt oder nicht, die bestehende Obligation aufhebt, s. Gai. III. 176. 179 i. f. (vgl. § 354 Note 3). Gegen die Einreihung der Novation unter den Gesichtspunkt der in solutum datio haben sich ausgesprochen: Kuntze S. 190, Baron Gesammtverhältnisse S. 324 fg., v. Salpius S. 148 fg., Salkowski S. 272 fg., Schauberg S. 200—201, Bruns in v. Holtzendorff's Encycl. I § 66 Nr. 3. c. a. E., Karlowa Rechtsgeschäft S. 234, Brinz 2. Aufl. II S. 373, Hruza S. 144 fg., [Unger S. 557 Note 9]; für dieselbe, mit größerer oder geringerer Entschiedenheit: Liebe S. 156 fg., Gneist S. 148 fg., Savigny Obl. I S. 167, Fitting Correalobl. § 9, Windscheid krit. VJSchr. III S. 169, und namentlich Witte VIII S. 333 fg. IX S. 485 fg. Noch weiter geht Girtanner S. 231; derselbe sieht in der Novation eine wirkliche Erfüllung: es werde in ihr der Gegenstand der Obligation als Erfüllung angenommen, und gleichzeitig wieder creditirt. — Uebrigens möchte ich über die Frage nicht absprechen, ob nicht wenigstens für das heutige Recht der Grund fehlt, ein Geschäft, welches auf Ersatz einer Obligation durch eine andere gerichtet ist (nicht auf bloße Veränderung einer in ihrer Substanz aufrechterhaltenen Obligation, s. darüber Note 3b), unter irgend eine andere Kategorie zu stellen,

lung des Forderungsrechts[3]; aber diese Vorstellung ist nicht genau[3a]; das neue Forderungsrecht ist nicht bloß der Erscheinungsform, sondern auch der Substanz nach ein anderes[3b].

---

als unter die der Leistung an Erfüllungsstatt. Ich halte diese Frage noch nicht spruchreif. Vgl. auch Bekker Aktionen II S. 255.

[3] L. 1 pr. D. h. t. „Novatio est prioris debiti in aliam obligationem . . transfusio atque translatio". Vgl. auch l. 34 § 2 D. eod., Gai. III. 176, § 3 I. quib. mod. toll. 3. 29, l. 27 § 3 D. de min. 4. 4, l. 17 pr. l. 19 § 5 D. ad. Vell. 16. 1, l. 5 pr. D. quando ex facto tut. 26. 9, l. 60 D. de fidei. 46. 1.

[3a] Aus diesem Grunde wird auch der römische Ausdruck „Novation" hier beibehalten. Es liegen nahe und sind versucht worden die deutschen Ausdrücke: „Schuldneuerung", „Schuldänderung", „Schuldverwandlung". Es scheint mir aber bedenklich, der Ungenauigkeit der Auffassung, welche dem Ausdruck „novatio" zu Grunde liegt, durch diese deutschen Ausdrücke eine neue Aus- und Einprägung zu geben.

[3b] Die Novation erscheint als Umwandlung, weil nach ihr eine Obligation vorhanden ist, wie vor ihr eine vorhanden war. Man kann sagen, sie sei in ihrem Resultate Umwandlung, aber dieses Resultat wird eben erreicht durch Aufhebung und Neuschaffung. — Neuere Schriftsteller haben es versucht, der Idee der Umwandlung, der „prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio", dadurch gerechter zu werden, daß sie in verschiedenen Wendungen den Satz aufgestellt haben, die neue Obligation werde, obgleich eine neue, doch aus dem Stoff der alten gebildet. Liebe: sie werde gebildet aus dem Rechtsstoff der alten; Kuntze die Obligation rc.: aus dem Vermögensstoff der alten (vgl. § 262 Note und Windscheid die Actio rc. S. 178. 179); [Kuntze die Obligationen rc.: in die neue Obligation sei die causa oder der Obligationseinhalt der alten übertragen;] Römer: die bisher geschuldete Leistung werde als solche Gegenstand der neuen Obligation, ebenso Salkowski S. 37 fg. 79 fg., Karlowa Rechtsgeschäft S. 234, und auch die nicht sehr klaren Ideen Schauberg's S. 196 fg. haben wohl diesen Kernpunkt; dawider Witte VI S. 43 fg. IX S. 485 fg., s. auch Christiansen Instit. d. röm. R. S. 482. 483, Keller Pand. S. 533. Bei Liebe steigert sich die bezeichnete Auffassung stellenweise dahin, daß er geradezu Einheit der neuen und alten Obligation annimmt. Ich halte auch diese Auffassung nicht für zutreffend. Die neue Obligation ist rein durch den Begründungswillen geschaffen; ihre Existenz beruht rein auf diesem Willen, nicht auf diesem Willen und der alten Obligation. Der Begründungswille schafft eine Obligation eben statt einer anderen, und, wenn man will, auf Grund einer anderen, aber deßwegen nicht aus einer anderen. Doch wird die Idee des „stofflichen Zusammenhangs", des „Ueberganges", der „Translation" vertreten wieder durch Brinz 2. Aufl. II § 282 Note 8. 24, Hruza S. 8 (vgl. S. 32. 95. 107). [S. auch Unger S. 558 Note 10 („wohl mit Recht"). Dernburg § 59: die Novation sei bloße Umwandlung der alten Obligation vom wirthschaftlichen Standpunkt. — Weiter geht die Auffassung, nach welcher die von der Novation geschaffene Obligation zwar eine neue ist, aber nicht in anderer Weise, als wie bei jeder Rechtsnachfolge das Recht des Rechtsnachfolgers ein anderes sei, als das des Vorgängers (vgl. I § 64 Note 6), so daß, wenn auch nicht in der Novation überhaupt, doch dann, wenn der Novationsvertrag auf die aufzuhebende Obligation Bezug nehme, eine wirkliche Rechtsnachfolge liege. Diese Auffassung wird vertreten von v. Salpius (vgl. § 329 Note 10), nach ihm von Gide, und neuerdings von E. Danz (in einer besonderen Schrift: die Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung rc. nach gem. R., 1886, und vorher und nachher Jahrb. f. Dogm.

Das an die Stelle des bestehenden Forderungsrechts gesetzte neue kann sich von dem alten unterscheiden durch den Inhalt der Leistung[4], durch die Person des Schuldners oder des Gläubigers[5], durch Nebenbestimmungen[6], möglicherweise auch durch Nichts[6a], als eben dadurch, daß es ein neu begründetes, und daher, obwohl dem früheren Forderungsrecht vollkommen gleich, doch mit demselben nicht identisch ist[7]. Tritt durch Novation ein neuer Schuldner ein, so nennt man das heutzutage, wenn der Eintritt aus eigenem Antrieb, nicht auf Weisung des bisherigen Schuldners, geschieht, Expromission[8]. Das Eintreten

---

XIX S. 69 fg. und Arch. f. civ. Pr. LXXIV S. 240 fg.), Eisele (die actio utilis des Cessionars S. 26 fg., 1887) Wendt § 214 Ziff. 2. Gegen diese Auffassung haben sich ausgesprochen Regelberger krit. VJSchr. XXVIII S. 379 fg., Gradenwitz Zeitsch. f. HR. XXXIV S. 283, Unger Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 399 fg. Ich muß mich hier auf die Bemerkung beschränken, daß die genannten Schriftsteller das Argument, daß bei der Novation die Nebenrechte der alten Obligation wegfallen (Note 10), nicht beseitigt haben.]

[4] L. 28 D. h. t., l. 8 C. h. t. (*vv.* quantitatem augendam vel minuendam), l. 58 D. de V. O. 45. 1, l. 10 C. si cert. pet. 4. 2. Aelteres Recht in l. 56 § 7 D. de V. O. 45. 1, l. 4 D. h. t. A. M. v. Salpius S. 159 fg., Salkowski S. 80 fg.; dawider Witte VIII S. 335 fg. IX S. 492 fg., Schauberg S. 188—200, Vangerow a. a. O. 371 unt.

[5] § 3 I. quib. mod. toll. 3. 29, l. 8 § 5 l. 20 D. h. t. — v. Salpius (§ 66) behauptet, daß die Novation mit Veränderung des Gläubigers im Justinianischen Recht verschwunden, näher: bereits im Justinianischen Recht durch die Cession absorbirt sei (vgl. Note 3b), in dem Sinne jedoch, daß er auch bei der Cession nicht Aufrechterhaltung der Identität der alten Obligation annimmt (§ 329 Note 10 gegen Ende). Die Quellenstellen, welche von Novation mit Wechsel des Gläubigers handeln, glaubt er als Antiquitäten bei Seite schieben zu können. S. dawider auch Witte VIII S. 371 fg., Salkowski S. 252 fg. — Gläubiger und Schuldner? Vgl. Brinz 2. Aufl. II S. 383. [L. 11 D. h. t. und dazu Goldschmidt Zeitschr. d. Sav-Stift. X S. 387 fg.]

[6] § 3 I. cit., l. 8 C. cit., 5 l. 8 § 1 D. h. t.

[6a] Wenn es im § 3 I. cit. heißt: „Sed si eadem persona sit, a qua postea stipuleris, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit", so ist das lediglich gesagt mit Rücksicht auf die Frage, ob Novationsabsicht anzunehmen sei (§ 354 Note 13). [Wie will man sonst die in der folgenden Note bezeichnete Anwendung der Novation erklären?]

[7] Bei den Römern war diese Anwendung der Novation besonders wichtig zu dem Ende, um für die Acceptilation die nöthige Unterlage zu gewinnen, § 1 I. quib. mod. toll. 3. 29 (§ 357 Note 9). Heutzutage etwa: es wird für eine vorhandene Geldschuld ein Wechsel ausgestellt (wenn das überhaupt Novation ist, s. Note 2 a. E.), vgl. § 354 Note 15 g. E.

[8] Die Römer gebrauchen die Ausdrücke expromittere, expromissor zur Bezeichnung einer jeden Novation; sie wenden dieselben an: a) wenn der neu eintretende Schuldner auf Weisung des alten Schuldners eintritt (z. B. l. 22 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 53 D. de contr. emt. 18. 1, l. 4 § 3 D. de re iud. 42. 1); b) auch wenn kein neuer Schuldner eintritt, sondern nur der Gläubiger geändert wird (z. B. l. 36 D. de I. D. 23. 3, l. 31 § 3 D. de m. c. don. 39. 6): c) selbst dann, wenn weder Schuldner noch Gläubiger geändert wird (z. B. l. 20

eines neuen Schuldners in Folge einer Ueberweisung durch den bisherigen Schuldner, so wie das Eintreten eines neuen Gläubigers in Folge einer Ueberweisung des Schuldners durch den bisherigen Gläubiger, fällt unter den Begriff der Delegation (Ueberweisung)[9].

Durch die Novation wird das Forderungsrecht direct aufgehoben[10].

D. de SC. Mac. 14. 6, l. 19 § 4 D. de don. 39. 5). Ja noch mehr, die genannten Ausdrücke haben nicht einmal eine nothwendige Beziehung auf Novation überhaupt (s. z. B. l. 8 § 8 D. ad SC. Vell. 16. 1).

[9] Vgl. § 412 Note 2. Die Quellen gebrauchen die Ausdrücke delegatio, delegare in voller Allgemeinheit für jede Verschaffung eines Schuldners durch Ueberweisung, mag der Zweck der Ueberweisung Tilgung einer bestehenden Schuld sein oder irgend ein anderer, wie z. B. Schenkung, Mitgiftbestellung rc., und mag der Ueberwiesene Schuldner des Ueberweisenden sein, oder nicht. Vgl. z. B. l. 11 pr. D. h. t., l. 18 § 1 D. de m. c. don. 39. 6, l. 41 pr. D. de re iud. 42. 1, l. 4 § 21 D. doli exc. 44. 4, l. 11 C. de don. 8. 53 [54]. Sie nennen ferner delegatio nicht bloß die Ueberweisung zum Sichverpflichten, sondern auch die Ueberweisung zum Zahlen, z. B. l. 7 C. h. t. Sodann: delegatio wird genannt sowohl die Ueberweisung als solche (z. B. l. 17 D. h. t.), als die in Folge derselben eingetretene Novation (z. B. l. 11 § 1 D. l. 3 C. h. t.). Am Besten handeln von der Delegation Thöl Handelsr. I § 128—132. 6. Aufl. § 333—337 (dieser jedoch mit Beschränkung der Delegation auf die Ueberweisung zum Sichverpflichten) und v. Salpius a. a. O. S. 1—130 (s. auch v. Meyerfeld Lehre von den Schenkungen § 15. 16, Salkowski S. 105 fg., Lotmar Causa S. 97 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 375 fg.). Namentlich v. Salpius betont mit Energie und gewiß mit Recht, daß Delegation an und für sich mit der Novation nichts gemein habe. Auch wo zum Sichverpflichten und zum Zweck der Tilgung einer Schuld oder auf Schuld delegirt wird, ist eine Novation nicht erforderlich, um den Liberationseffect herbeizuführen. Derselbe kann schon erreicht werden nach dem Gesichtspunkt der datio in solutum (Note 2). Aber bei der Behandlung der von der Delegation redenden Quellenstellen geht v. Salpius in der Annahme des Ausschlusses des Novationsgesichtspunktes zu weit. Vgl. l. 4 l. 21 l. 27 l. 31 § 1 D. l. 2. 3 C. h. t. S. auch Witte VIII S. 345 fg., Salkowski S. 109, Vangerow a. a. O. Anm. 3, Brinz 2. Aufl. II S. 378. — An v. Salpius schließt sich im Wesentlichen an P. Gide (§ 353 Note *) p. 378—480. — Kein Fortschritt, ja ein Rückschritt, liegt in der in Note 3[b] genannten Schrift und den dazu gehörigen dort genannten Aufsätzen von E. Danz; dieser Schriftsteller schraubt wieder den („technischen") Begriff der Delegation auf den Fall zurück, wo ein Gläubiger seinen Schuldner anweist, einem Dritten zu versprechen, oder der Schuldner einen Dritten, seinem (des Schuldners) Gläubiger zu versprechen. [Die Erklärung, welche Danz von l. 11 pr. D. h. t. gibt, ist nur möglich, wenn iubere im Lateinischen den Dativ regiert. Vgl. auch l. 10 § 6 D. mand. 17. 1. Goldschmidt Zeitschr. der Sav.-Stiftung X S. 392.]

[10] Die Quellen sprechen von Aufhebung der Obligation schlechthin; nirgends wird gesagt, daß dieselbe nur ope exceptionis eintrete. Vgl. auch l. 56 § 7 D. de V. O. 45. 1, l. 5 D. h. t., l. 30 § 1 D. de pact. 2. 14 in Verbindung mit § 3 I. quib. mod. toll. 3. 29. Salkowski S. 268. — Folgen der Aufhebung: Wegfall des Concursprivilegiums, l. 29 D. h. t. (über l. 17 pr. D. de reb. auct. iud. 42. 5 s. Salkowski S. 281); Aufhören des Verzuges, s. § 281 Note 7; Aufhören des Zinsenlaufs, l. 18. 27 D. h. t.; Wegfall der Conventionalstrafe, l. 15 D. h. t.; Befreiung der Pfänder, l. 18 D. h. t. (über l. 13 § 1 D. ad SC.

[Daß die Novation im heutigen Recht unanwendbar sei, darf nicht behauptet werden[11]; eine andere Frage ist, ob für sie noch ein praktisches Bedürfniß vorhanden ist[12].]

b. Voraussetzungen.

§ 354.

Die Voraussetzungen der Novation sind im Allgemeinen bereits angegeben worden: Begründung eines Forderungsrechts in der Absicht, dadurch ein anderes bestehendes zu ersetzen.

1. Begründung eines Forderungsrechts. Dieselbe erfolgt durch Vertrag; einer Form bedarf dieser Vertrag nach heutigem Rechte so wenig, wie ein anderer Vertrag[1]. Abgeschlossen wird derselbe ent-

---

Vell. 16. 1 f. I § 249 Note 5. 6, vgl. auch I § 233b Ziff. 1); Befreiung der Bürgen, l. 4 C. de fidei. 8. 40 [41] (über l. 60 D. eod. 46. 1 f. Salkowski S. 314 fg. und die das. Citirten). S. auch Seuff. Arch. XXXIV. 292. Novation einer von zwei alternativ bestimmten Obligationen: f. l. 8 § 4 l. 26 l. 32 D. h. t., und dazu Salkowski S. 344 fg. Novation einer von mehreren Correalobligationen: f. § 295 Note 5. Vgl. überhaupt Salkowski S. 280—281, Danz (Note 3 a. E.) S. 63 fg. 96 fg.

[11 S. § 354 Note 1.

12 Wenn die Novation im Resultate Umwandlung ist, so können die Parteien heutzutage dieses Resultat auf geradem Wege erreichen, sie bedürfen nicht des Umwegs der Aufhebung und Neuschaffung. Den Römern war der Umwandlungsvertrag (§ 338 Note 3) durch das Formerforderniß verschlossen. Soll die Person des Gläubigers gewechselt werden, so ist ein Vertrag (zwischen Gläubiger und Schuldner) nicht einmal nöthig; die bloße Forderungsübertragung (Cession) leistet Alles, was begehrt wird. Außerdem kommt bereits nach römischem Recht die in solutum datio (Note 2) und das constitutum debiti (§ 284 Note 11) in Betracht. Vgl. hierzu Regelsberger krit. VJSchr. XXVIII S. 392 fg., Unger Schuldübernahme (Wien 1889) S. 9, Ryk Lehre von den Schuldverhältnissen S. 482 fg. Der Entwurf eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs hat die Novation nicht aufgenommen.]

§ 354. 1 Nach römischem Recht war Stipulation erforderlich (l. 1 § 1 D. h. t. „novari *verbis*"). Da wir heutzutage keine Stipulation mehr haben, so hat man gefragt, ob damit nicht die ganze Novation weggefallen sei. Man hat diese Frage aufgeworfen auf Grund der Auffassung, daß der heutige formlose Vertrag der römischen Stipulation nicht entspreche, weil die letztere s. g. Formalcontract gewesen sei, was jener nicht sei; d. h. weil die Stipulation zu ihrer Gültigkeit keiner materiellen causa bedurft habe, während der formlose Vertrag eine solche nicht entbehren könne (§ 318 Ziff. 2, § 319). Auf Grund dieser Auffassung leugnet namentlich Gneist a. a. O. S. 229 die Geltung der Novation für das heutige Recht unbedingt; ebenso Förster-Eccius Preuß. Privatrecht I § 97, f. auch die das. Anm. 1 Citirten, neuerdings Adickes zur Lehre von den Bedingungen (1876) S. 140 fg. Andere, wie Keller Pand. S. 537. 538, Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 384, beschränken die Geltung der Novation auf diejenigen Verträge, welche sie auch für das heutige Recht als Formalcontracte anerkennen, wie z. B. den Wechselvertrag. Umgekehrt schließt Bähr a. a. O. aus der unbedingten Geltung, in welcher die Novation als praktisches Institut stehe,

weder von dem novirenden Gläubiger selbst, mit dem alten oder mit einem neuen Schuldner, oder von einem Dritten, der sich auf Geheiß des novirenden Gläubigers zum Gläubiger des alten Schuldners macht[2]. Daß das durch den Novationsvertrag begründete Forderungs-

---

daß auch der heutige formlose Vertrag die Fähigkeit habe, Formalcontract zu sein. Für diese Fähigkeit des heutigen formlosen Vertrages habe auch ich mich oben (§ 318 Ziff. 2) ausgesprochen. Ueberdieß ist in erster Linie festzuhalten, daß der Novationsvertrag nicht nothwendig reiner Vertrag (Formalcontract) ist; es hindert nichts, die Aufhebung der bestehenden Obligation als Bestimmungsgrund in denselben aufzunehmen, und ihn dadurch zu einem materiell individualisirten Vertrag zu machen. Vgl. die folgende Note. Aus diesem Grunde nimmt Karlowa Rechtsgeschäft S. 260 fg. die Zulässigkeit der Novation durch formlosen Vertrag an. Noch weiter geht — gewiß mit Unrecht — v. Salpius § 77, indem er in dem Novationsvertrag schon dann einen materiellen Vertrag sieht, wenn derselbe nur den Inhalt der Leistung der neu zu begründenden Obligation aus dem Inhalt der Leistung der bestehenden bestimmt, und daraus, indem er nämlich annimmt, daß es bereits im Justinianischen Recht nur einen Novationsvertrag dieser letzteren Art gebe (§ 355 Note 1a), die Geltung der Novation für das heutige Recht deducirt. — S. auch Witte VI S. 42 fg. VIII S. 339 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 384.

[2] L. 20 pr. D. h. t. „Novare possumus aut ipsi . . aut per alios, qui voluntate nostra stipulantur". Vgl. l. 8 § 5 i. f. D. l. 4 C. h. t. — Welches ist der Bestimmungsgrund (die causa) des novirenden Vertrages? Man wird auf diese Frage keine einfache Antwort dürfen geben wollen. Für den Gläubiger und den Schuldner in der alten Obligation ist der Bestimmungsgrund kein anderer, als Ersatz ihrer Forderung bez. Schuld durch eine andere. Dagegen werden der neu eintretende Gläubiger und der neu eintretende Schuldner zu dem Vertragsabschluß durch ihr Verhältniß zu dem Gläubiger bez. Schuldner in der alten Obligation bestimmt, und danach kann ihr Bestimmungsgrund von der verschiedensten Art sein. Von der andern Seite ist es aber auch möglich, daß der mit ihnen contrahirende Schuldner bez. Gläubiger in der alten Obligation im Contrahiren seinen Bestimmungsgrund, Aufhebung der bestehenden Obligation, darlegt, und sie darauf hin ihn zum Schuldner bez. Gläubiger annehmen. Dann acceptiren sie seinen Bestimmungsgrund, und so ist auch für sie der Bestimmungsgrund zum Vertrag die Aufhebung der bestehenden Obligation, und der aus ihrem Verhältniß zum alten Gläubiger bez. Schuldner entnommene Grund wird zum Grund des Grundes. Daß der Novationsvertrag seine causa in der Novationsabsicht habe, lehren ohne Beschränkung Kuntze S. 253. 254, Sintenis S. 448 in der Note, Bruns Zeitschr. für RGesch. I S. 116, Römer § 27, Hruza S. 83 fg. — mit Beschränkung (jedoch anders als hier) Schlesinger S. 118 fg., Kniep S. 127 fg., Karlowa Rechtsgeschäft S. 235 fg. 260. Nach v. Salpius § 77 ist der Bestimmungsgrund des Novationsvertrages, wenn kein Wechsel der Personen stattfindet, die Absicht, dem Gläubiger ein neues Obligationsfundament zu verschaffen („Agnition"), obgleich v. Salpius doch selbst lehrt, daß diese Absicht auch durch accessorischen Vertrag realisirt werden könne. — Jedenfalls geht aus dem Gesagten hervor, daß, sobald der Novationsvertrag aufhört, reiner Vertrag zu sein, d. h. sobald er seinen Bestimmungsgrund mit in sich hineinnimmt, dieser Bestimmungsgrund kein anderer sein kann, als die Aufhebung der bestehenden Obligation. Es ist daher schwer zu begreifen, wie man die Frage hat aufwerfen können, ob nicht durch Novation eine Obligation auch in eine andere materiell charakterisirte verwandelt werden könne, z. B. eine Kauf-

recht ein klagbares sei, ist an und für sich nicht erforderlich[3]; jedoch kann von den im heutigen gemeinen Recht anerkannten Fällen der klaglosen Forderungsrechte hier nur der in Betracht kommen, wo ein Geschlechtsunreifer ohne Beitritt des Vormundes sich verbindlich macht[4]. Selbst das hindert die Novationswirkung nicht, daß das durch den Vertrag begründete Forderungsrecht anfechtbar ist[5]. Es hat aber in beiden Fällen, sowohl im Falle der Klaglosigkeit als im Falle der

obligation in eine Darlehnsobligation. Wenn ein Gläubiger mit seinem Schuldner ausmacht, daß derselbe, was er ihm aus irgend einem andern Grunde schuldig ist, als Darlehn behalten solle, so liegt hier im Sinne der Parteien: 1) entweder ein wirkliches Darlehn vor mit vorausgehender wirklicher Zahlung, wobei nur das Hin- und Herzahlen erspart wird (l. 15 D. de R. C. 12. 1, — l. 6 C. si cert. 4. 2 hält entweder einen früheren Entwickelungsstandpunkt fest [vgl. § 370 Note 11], oder ist von einem Fall zu verstehen, wo die Parteien ein wirkliches Darlehn nicht gemeint haben); oder 2) der Schuldner bekennt sich zum Darlehnsschuldner lediglich in dem Sinne, um sich zum Schuldner überhaupt zu machen; er verspricht, obgleich er ein Darlehn nicht empfangen hat, sich behandeln zu lassen, als habe er ein Darlehn empfangen (vgl. § 364 Note 3). Dann kommt eine Novation zu Stande; aber der Schuldner ist eben nicht Darlehnsschuldner. Vgl. hierzu Sintenis S. 460, Bähr Jahrb. für Dogm. II S. 425 fg. und Anerkennung § 62a, Römer a. a. O. S. 6 fg., v. Salpius S. 331 fg., Salkowski S. 54 fg., H. Witte VI S. 45, Bruns in v. Holtzendorff's Encycl. I § 66 Nr. 3. c, Bekker Aktionen II S. 255, Hruza S. 88 fg. Seuff. Arch. I. 335, IV. 149, V. 127, XIII. 17, XVII. 236, XXVIII. 20, auch XIV. 92. Sintenis a. a. O. behandelt den Fall, wo durch Auflösung einer bestehenden Obligation eine andere materiell charakterisirte begründet wird, und die Novation als zwei verschiedene Zweige eines und desselben Institutes (jene unter dem Namen „Schuldverwandlung", diese unter dem Namen „Schuldneuerung").

[3] L. 1 § 1 D. h. t.: — „dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter". — v. Salpius S. 147 fg. führt aus, im älteren Recht sei Begründung eines Forderungsrechts überhaupt nicht Voraussetzung der Novation gewesen; die Stipulation als solche, wenn nur formell gültig, habe novirt. Dagegen Witte VIII S. 323 fg., Salkowski S. 421—422 Anm. Vgl. die folgende Note.

[4] L. 1 § 1 cit. fährt fort: — „ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit". — Gai. III. 176 stellt diesem Fall gleich den Fall des Versprechens einer Frau ohne tutoris auctoritas, aber auch den Fall des Versprechens post mortem (§ 316 Note 8). Dagegen spricht er auffallenderweise dem Versprechen eines Sclaven die novirende Kraft ab (vgl. übrigens auch Gai. III. 179); ebenso § 3 I. quib. mod. toll. 3. 29, l. 30 § 1 D. de pact. 2. 14. Theophilus zu der genannten Institutionenquelle erklärt dieß daraus, daß zur Novation nicht bloß eine naturalis obligatio erforderlich sei, sondern auch eine Person: „ἀπρόσωπος δὲ παρὰ τοῖς νόμοις ὁ δοῦλος". Vgl. außerdem Schwanert Naturaloblig. S. 293 fg., Bähr S. 44 (47) Note 10, Girtanner S. 293 fg., Römer S. 105, v. Salpius S. 147—151, Salkowski S. 426 fg., Karlowa Rechtsgeschäft S. 118 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 370.

[5] S. die Stellen der Note 7; ferner l. 91 i. f. D. de sol. 46. 3. (Die doli mali praescriptio dieser Stelle steht der neuen Obligation entgegen, nicht der alten. Vgl. v. Salpius S. 150.)

Anfechtbarkeit des neuen Forderungsrechts, der Gläubiger in dem alten Forderungsrecht, welcher die Mängel des neuen nicht gekannt hat, einen Anspruch gegen den befreiten Schuldner auf Rückgabe des verlorenen Forderungsrechts[6]; es kann auch sein, daß ihm das verlorene Forderungsrecht ohne Weiteres zurückgegeben wird[7]. Daß das neue Forderungsrecht ein befristetes ist, hemmt die Novationswirkung nicht[8], wohl eine demselben hinzugefügte Bedingung[9]; jedoch bewirkt auch ein bedingtes Forderungsrecht, daß die alte Forderung einstweilen nicht geltend gemacht werden kann[10]. — Ist die Absicht

---

[6] Vielleicht auch, nach Lage der Umstände, auf Verschaffen eines besseren Forderungsrechts. Aber jedenfalls kann er geltend machen, daß die Voraussetzung ermangelt sei, unter welcher er sein Forderungsrecht hingegeben habe. Vgl. l. 8 § 8 D. ad SC. Vell. 16. 1 (welche Stelle übrigens nicht von einem Novationsfall handelt): — „potest ei condici, quasi non dedisset (sc. expromissorem); quid enim interest, non det, an talem det?"

[7] So wenn eine durch den Vellejanischen Senatsbeschluß geschützte Frau als neue Schuldnerin eintritt. S. (u. a.) l. 8 § 11 l. 14 l. 32 § 5 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 16 C. eod. 4. 29. Ferner erstreckt sich die dem neu eintretenden Schuldner ertheilte Wiedereinsetzung i. d. v. St. auch auf die Wiederherstellung des verlorenen Forderungsrechts, l. 50 D. de min. 4. 4. Vgl. I § 120 Note 17.

[8] L. 8 § 1 D. h. t.: — qui in diem stipulatur, statim novat . . . cum certum sit, diem quandoque venturum" (vgl. I § 96 Note 4). L. 5 eod.: — „constat, et stipulatione in diem facta novationem contingere, sed non statim ex ea stipulatione agi posse, antequam dies venerit".

[9] L. 8 § 1 cit. fährt fort: „at qui sub condicione stipulatur, non statim novat, nisi condicio exstiterit". L. 14 pr. l. 24 eod. — S. über die bedingte Novation die oben bei * citirten Schriften von Kniep und Römer; ferner Salkowski S. 437 fg., Hruza S. 131 fg.

[10] Bis die Bedingung des Novationsvertrages ausgefallen ist. Was der bedingte Novationsvertrag schafft, ist nicht hinreichend, um die bestehende Obligation aufzuheben, aber es ist hinreichend, um sie in ihrer Wirksamkeit zu hemmen (I § 89). Wenigstens ist dieß das Resultat, zu welchem das römische Recht gelangt ist; in der Entwickelung desselben sind aber beide extreme Meinungen vertreten, sowohl die, daß die bedingte Novation die bestehende Obligation sofort aufhebe, als die andere, daß sie gar nicht wirke. Vgl. Gai. III. 179, l. 36 D. de R. C. 12. 1, l. 80. 83 D. de I. D. 23. 3, l. 60 § 1 D. de cond. ind. 12. 6. — Der Satz, daß die bedingte Novation die alte Obligation in ihrer Wirksamkeit hemme, wird vielfach so ausgedrückt: die bedingte Novation mache die alte Obligation selbst zu einer bedingten, drücke ihr als Bedingung das Gegentheil ihrer eigenen Bedingung auf. Gegen diese Formulirung hat sich Römer a. a. O. S. 85 fg. erklärt, ebenso Vangerow a. a. O. S. 371; für dieselbe wieder Salkowski S. 441 fg. Gegen die bezeichnete Formulirung spricht, daß, wenn die alte Obligation zu einer bedingten gemacht würde, sie aufgehoben wäre, während doch die Novationsobligation selbst noch nicht existirt. Wenn hierauf Salkowski entgegnet: die alte Obligation sei jedenfalls bedingt aufgehoben, eine bedingt aufgehobene Obligation aber sei eine bedingt existirende, und überhaupt die Resolutivbedingung von der umgekehrten Suspensivbedingung nicht zu unterscheiden, so bedarf dieses, gelinde ausgedrückt, näherer Begründung. Andererseits spricht für die bezeichnete Formulirung weniger zwar der Wortlaut der

der Parteien darauf gerichtet, daß durch den neu abzuschließenden Vertrag das bestehende Forderungsrecht unter allen Umständen aufgehoben werden solle, so liegt für den Fall, wo derselbe ein Forderungsrecht nicht erzeugt, ein Erlaßvertrag vor[11].

2. Absicht des Gläubigers, daß durch das neu zu begründende Forderungsrecht das bestehende aufgehoben werden solle[12]. Diese Absicht wird nicht vermuthet; sie muß von demjenigen, welcher sich auf dieselbe beruft, bewiesen werden[13]. Dagegen bedarf ihre Erklä-

---

eben angeführten Stellen, in welchen immerhin eine leicht erklärliche Ungenauigkeit des Ausdrucks angenommen werden kann, als die Analogie der l. 10 pr. D. de ad. leg. 34. 4 (vgl. l. 7 eod., l. 107 D. de cond. 35. 1, l. 6 pr. D. quando dies 36. 2), obgleich doch auch, was dieses letztere Argument angeht, die Einheit des Testamentes in Betracht kommt. Vgl. noch Scheurl Beiträge II. 2 S. 134 fg. [Dernburg II § 60 Note 2, Enneccerus Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin S. 523 fg.] — Im Besonderen über den Einfluß der bedingten Novation auf den Verzug in der alten Schuld s. § 281 Note 7. — Ueber Novation unter einer auflösenden Bedingung s. Römer a. a. O. § 26, Czyhlarz Resolutivbedingung S. 78 fg.

[11] Vgl. l. 30 § 1. 2 D. de pact. 2. 14, Gai. III. 179. Römer § 11 und S. 104 fg., v. Salpius S. 157—159, Wendt die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft S. 77 fg. Budde Entsch. des OAG. zu Rostock VII Nr. 36.

[12] Die Quellen sprechen von animus novandi. — v. Salpius S. 131 fg. hat auszuführen gesucht, daß im älteren Recht (bis zur Zeit des Papinian) eine Stipulation, welche den materiellen Gehalt einer bestehenden Obligation in sich aufgenommen habe, die Obligation novirt habe ohne allen *animus novandi*. v. Salpius hat sich durch die Analogie der processualischen Consumtion täuschen lassen. Wie das iudicium, welches den materiellen Gehalt der Obligation in sich aufnimmt, dieselbe consumirt, so, schließt er, auch die Stipulation, welche das Gleiche thut. Aber für die Consumtionswirkung des iudicium läßt sich ein sehr triftiger Grund anführen, für die Consumtionswirkung der Stipulation absolut keiner. Wie sich der Verf. an den gegen ihn sprechenden Quellenzeugnissen vorbeizuwinden sucht, muß man bei ihm selbst nachlesen. S. auch Witte VIII S. 322 fg., Salkowski S. 154 fg., Karsten die Bedeutung der Form im Obligationenrecht S. 96 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 386, Hruza S. 8 Note 11; andererseits Dernburg Preuß. Privatr. II S. 133 Note 2, [Pand. § 60 Note 8], — Die Polemik Salkowski's gegen v. Salpius bezieht sich übrigens nur auf Detailpunkte; seine Grundauffassung ist die gleiche. Auch er nimmt nämlich an (S. 224 fg.), daß im älteren Rechte gewisse Stipulationsformen (Stipulationen mit formeller Bezeichnung der versprochenen Leistung als einer verschuldeten) eine Novation herbeigeführt hätten ohne einen den Stipulationsact begleitenden animus liberandi (Salkowski setzt freilich hinzu, in diesen Stipulationsformen habe der animus novandi „seinen untrüglichen Ausdruck" gefunden [S. 225]), und daß das Erforderniß des animus novandi erst später von anderen Stipulationsformen, denen man jene formale Consumtionskraft nicht zugeschrieben habe, auf jene ersteren übertragen worden sei. S. dagegen Witte IX S. 487. 495 fg. — Auf dem Salpius'schen Standpunkt steht auch die Darstellung von P. Gide (§ 353 Note *).

[13] Die classischen römischen Juristen knüpften an eine Reihe von Fällen eine Rechtsvermuthung zu Gunsten der Novationsabsicht an. Diese Vermuthungen

rung keiner bestimmten Form[14]; und auch das ist nicht nöthig, daß die Absicht ausdrücklich erklärt werde[15]. Die sonstigen Erfordernisse

hat Justinian in l. 8 C. h. t. aufgehoben. Vgl. Gai. III. 177. 178, § 3 I. quib. mod. toll. 3. 29.

[14] Etwa des Gebrauchs des Wortes „Novation". Vgl. l. 17 D. h. t. „Delegare scriptura vel nutu, ubi fari non potest, debitorem suum quis potest".

[15] Dieß ist ein sehr streitiger Punkt, und einer von den vielen leidigen Punkten in unserer Disciplin, über die voraussichtlich nie eine Einigung der Meinungen wird erzielt werden. Es handelt sich um die Auslegung der l. 8 C. h. t. Die im Text vertretene Ansicht beruht auf folgenden Erwägungen. a) Ausgesprochenermaßen war es Justinian's Absicht, durch die gedachte Verfügung die von den alten Juristen zu Gunsten der Novation aufgestellten Rechtsvermuthungen zu beseitigen. Zur Erreichung dieser Absicht war es nicht erforderlich, hinzuzufügen, daß eine Novation auch bei stillschweigender Willenserklärung nicht solle angenommen werden dürfen. b) Hiermit stimmen vollkommen überein die Worte, in welchen Justinian die eigentliche Meinung seines Gesetzes zusammenfaßt. „Et generaliter definimus, *voluntate* solum esse, non lege novandum". Es sei nicht nothwendig, sich gegen die Annahme einer Novationsabsicht ausdrücklich zu verwahren; nicht die Novationsabsicht verstehe sich von selbst, sondern das Gegentheil: „hoc enim naturalibus (*scr.* naturaliter) inesse rebus volumus et non verbis extrinsecus supervenire". c) Dagegen paßt dazu schlecht der mittlere Theil der Stelle: es sei keine Novation anzunehmen, „nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint". Diese Worte von der Willenserklärung überhaupt gegenüber der Rechtsvorschrift, und nicht von der ausdrücklichen Willenserklärung zu verstehen, ist, wie nicht geleugnet werden kann, gezwungen. Jedoch ist es andererseits nicht unmöglich, vgl. l. 77 § 3 D. de cond. 35. 1: „quocunque *indicio* voluntatis cautio . . remitti potest", ferner die bei Röver Zeitschr. f. RGesch. XI S. 212 fg. 217 fg. genannten Stellen, denen hinzugefügt sein mögen l. 7 § 1 D. de pec. 15. 1 (II § 518 Note 3), l. 19 [18] pr. D. ad SC. Treb. 36. 1 (III § 647 Note 15). Vgl. auch Leonhard Irrthum S. 193. 206 fg. d) Bei diesem Widerstreit der Erwägungen muß, wie ich glaube, den Ausschlag geben, daß in den Pandekten noch überall das alte Recht vorgetragen wird: die Novation trete ein, wenn sie beabsichtigt sei („si hoc actum est", vgl. l. 6 § 1 D. de contr. emt. 18. 1: „in emtis . . et venditis potius id quod actum est, quam id quod dictum sit, sequendum est"). L. 2 l. 6 pr. l. 8 § 1. 2. 3. 5 l. 26 D. h. t., l. 29 l. 31 § 1 D. h. t. (In den beiden letzten Stellen wird ein *specialiter* id actum esse verlangt; specialiter: besonders, gerade das. Vgl. l. 9 [10] pr. D. de neg. gest. 3. 5. Liegt hier, wie häufig angenommen wird, eine Interpolation aus l. 8 C. h. t. vor, so ist damit ein direkter Beweis für die hier vertretene Auslegung dieser Stelle erbracht: warum hat man sonst nicht sogleich interpolirt: specialiter *expressum?*) Ganz die gleiche Auffassung, wie in den Pandekten, findet sich in den Institutionen (§ 3 I. quib. mod. toll. 3. 29) und bei Theophilus zu dieser Stelle. — Vgl. für die hier vertretene Ansicht namentlich v. Löhr im Magazin f. RW. und Gesetzgeb. IV S. 27—34 (1820), Fein a. a. O. S. 28—34, und was das heutige Recht angeht Röver Zeitschr. f. RGesch. XI S. 187—221 (1873); für die entgegengesetzte Ansicht Hepp Arch. f. civ. Pr. XV S. 246 fg. (1832), Sintenis Zeitschr. f. Civ. und Pr. IX S. 135 fg. (1836) und Lehrb. II S. 455 Anm. 25, und besonders Grotefend Zeitsch. f. Civ. und Pr. N. F. XII S. 272 fg. (1855), auch

der Gültigkeit der Novationserklärung bestimmen sich nach den gewöhnlichen Regeln. Namentlich ist für dieselbe Handlungsfähigkeit des Gläubigers erforderlich[16], wie sie andererseits auch von einem Nichtgläubiger, wenn dieser zur Vertretung des Gläubigers befugt ist[17] oder der Gläubiger seine Genehmigung ertheilt[18], mit Gültigkeit abgegeben werden kann[19]. — Einwilligung des durch die Novation befreiten Schuldners ist nicht erforderlich[20].

c. Die begründende Seite der Novation.

§ 355.

Faßt man die begründende Seite der Novation ins Auge, so entsteht die Frage, ob der Novationsvertrag in gleicher Weise, wie er

Salkowski S. 259 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 387, [Dernburg II § 60 Note 7]. Weitere Literaturangaben bei Fein (a. a. O.), Vangerow III § 619, Holzschuher III § 248 Nr. 1. v. Salpius S. 261 fg., welcher ebenfalls keine ausdrückliche Erklärung der Novationsabsicht für nöthig hält, bezieht die justinianische Verordnung auf die Aufhebung der novirenden Kraft der alten ohne animus novandi wirkenden Stipulationsformeln (Note 12). Die neuere Praxis schwankt, wie die Doktrin. Für die hier vertretene Ansicht: Seuff. Arch. VI. 175. 262, XX. 123, XXII. 223, XXXII. 220, XL. 12 [= Entsch. d. RG. XIV S. 210]; dawider das. IV. 106 (S. 182), VII. 167; vermittelnd das. XIII. 17. S. noch VIII. 159, XII. 144. — Ueber die specielle Frage, ob oder wann anzunehmen sei, daß in der Ausstellung, Indossirung oder Acceptation eines Wechsels eine Novation liege, s. namentlich Kuntze Wechselr. S. 72—84 und die daselbst Citirten, ferner die § 353 * citirte Schrift von Schauberg, die in ihrem größeren Theil gerade diese Frage behandelt, Goldschmidt Handelsr. I S. 1223, neuestens die Schrift von Hellmann: die novatorischen Funktionen der Wechselbegebung, München 1874. Seuff. Arch. II. 88. 89, VIII. 288, IX. 63, XI. 275, XVI. 207, XXI. 118. 229, XXII. 33, XXIV. 235, XXVI. 23, XXVIII. 123. 207, XXXII. 126, XXXIII. 14. 296, XXXV. 199, [XLI. 179, XLIII. 179, XLV. 83]. — Kann auch in der Abrechnung möglicherweise eine Novation liegen? Gewiß was den Saldo angeht; aber die in Berechnung gezogenen Forderungen sind aufgehoben durch Compensationsvertrag oder Zahlung. Ich weiß nicht, ob diese Unterscheidung immer gehörig festgehalten wird. Vgl. Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLVII S. 173 fg., Grünhut in seiner Zeitschr. III S. 521 fg.; Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 218 Note 43. Seuff. Arch. XXVII. 14.

[16] L. 20 § 1 D. h. t. „Pupillus sine tutoris auctoritate non potest novare . .". L. 3 l. 9 pr. eod., l. 15 D. de sol. 46. 3.

[17] L. 20 § 1 cit. (Note 16) fährt fort: — „tutor potest, si hoc pupillo expediat, item procurator omnium bonorum". L. 34 § 1 D. h. t.

[18] Vorher oder nachher. L. 22 D. h. t. In der Anweisung an den Schuldner oder der dem Schuldner eingeräumten Befugniß, an einen Dritten zu leisten, liegt die Verleihung der Novationsbefugniß an diesen Dritten nicht. L. 21 l. 10 D. h. t.

[19] Die Regel der l. 10 D. h. t. „Cui recte solvitur, is etiam novare potest" ist auch abgesehen von der in der Stelle selbst für den solutionis causa adiectus gemachten Ausnahme nicht durchgreifend; s. l. 21. 25 D. h. t., l. 16 l. 34 pr. eod., l. 4 C. eod., l. 27 pr. D. de pact. 2. 14.

[20] L. 8 § 5 i. f. D. h. t., l. 91 D. de sol. 46. 3.

ein Forderungsrecht nur dann aufhebt, wenn er ein neues begründet, so auch ein neues nur dann begründet, wenn er ein bestehendes aufhebt. Diese Frage ist unbedingt für den Fall zu bejahen, wo der Novationsvertrag die Novationsabsicht als bestimmend für seinen Inhalt in sich aufgenommen, und sich dadurch zu einem individuell charakterisirten Vertrag erhoben hat[1]. Thut der Novationsvertrag dieß nicht, so ist weiter zu unterscheiden[1a].

1. Der Novationsvertrag enthält, wenn auch nicht die Erklärung der Absicht, ein bestehendes Forderungsrecht aufzuheben, doch die Beziehung auf ein bestehendes Forderungsrecht[2] — entweder in der Weise, daß er den Inhalt der Leistung des neu zu begründenden Forderungsrechts geradezu bestimmt durch Verweisung auf den Inhalt der Leistung, welche den Gegenstand eines bestehenden bildet[2a], oder

---

[1] Insoweit Jemand nach heutigem Recht es für nöthig hält, daß der Novationsvertrag dieß thue, ist für ihn mit dem aufgestellten Satz die aufgeworfene Frage erledigt. Vgl. Schlesinger a. a. O. namentlich S. 119, Sintenis S. 451. § 355.

[1a] Die erste der im Folgenden bezeichneten Möglichkeiten beachtet nicht Bähr Anerkennung S. 44—46 (47—49), die zweite nicht Girtanner Stipul. S. 233—239. Geleugnet wird die zweite: ganz von Salkowski S. 95 fg., Karlowa Rechtsgeschäft S. 234 fg., [für das römische Recht von Dernburg II § 59 Note 9,] für das heutige und Justinianische Recht von v. Salpius (s. namentlich § 53. 69. 77. 78, vgl. auch S. 466. 467). S. dagegen Witte VIII S. 337 fg. IX S. 495 fg., Hruza S. 83 Note 1. Schauberg S. 198 findet es unbegreiflich, wie man die zweite Möglichkeit behaupten könne, und lehrt in demselben Athem, daß die Bezugnahme des Novationsvertrags auf das aufzuhebende Forderungsrecht keine ausdrückliche zu sein brauche. [Danz (§ 353 Note 3b) läßt es dahin gestellt sein, ob eine Novation der zweiten Art in den Quellen bezeugt sei, legt jedenfalls seinen Auslegungen die Annahme zu Grunde, daß die auszulegende Stelle von einer Novation der ersten Art handele. Umgekehrt ist Regelsberger krit. VJSchr. XXVIII S. 388 der Ansicht, daß die Novation der zweiten Art bei den Römern die Regel gebildet habe. Gegen Beides Eisele die actio utilis des Cessionars S. 32, Unger Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 400 fg. Bei Danz rächt sich hier die § 353 Note 9 bezeichnete Einseitigkeit seiner Auffassung der Delegation. Wenn der vermeintliche Gläubiger den vermeintlichen Schuldner z. B. zum Zweck der Bestellung einer Dos delegirt, so kann die Delegationsstipulation, wenn sie auf ein Schuldverhältniß Bezug nehmen soll, nur auf das nicht bestehende Schuldverhältniß Rücksicht nehmen, und s. l. 9 § 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 78 § 5 D. de I D. 23. 3, l. 4 § 21 D. de doli exc. 44. 4.] — Vgl. im Uebrigen Römer S. 25—40, v. Salpius S. 274 fg., Salkowski S. 382 fg.

[2] Indem er im Uebrigen unbestimmt läßt, ob er eine Aufhebung oder eine Bestärkung desselben beabsichtigt. Vgl. zum Folgenden: Liebe S. 282 fg, Gneist S. 150 fg., v. Salpius S. 163 fg., Salkowski S. 96 fg., Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 1.

[2a] Vgl. z. B. l. 26. 27. 32. 34 § 2 D. h. t., l. 75 § 6 D. de V. O. 45. 1, l. 72 § 3 D. de sol. 46. 3, l. 18. § 1 D. de accept. 46. 4.

in der Weise, daß er die Leistung, welche jetzt versprochen wird, als eine aus einem bestehenden Forderungsrecht verschuldete bezeichnet[2b]. In diesen beiden Fällen[2c] erzeugt der Novationsvertrag ein Forderungsrecht nur dann, wenn er ein bestehendes vorfindet[3]. Findet er ein bestehendes Forderungsrecht vor, ermangelt aber der aufhebenden Kraft[4], so erzeugt er zwar ein Forderungsrecht, aber wenn in dem Novationsvertrag die Aufhebungsabsicht erkennbar hervorgetreten ist (§ 354 Note 2), so kann dasselbe angegriffen werden nach dem Recht der Voraussetzung (I § 97 fg.)[5].

2. Nimmt der Novationsvertrag in der hier bezeichneten Weise auf das aufzuhebende Forderungsrecht keine Rücksicht[5a], so erzeugt er ein Forderungsrecht unter allen Umständen, und der Mangel der aufhebenden Wirkung kann gegen ihn nur nach dem Recht der Voraussetzung geltend gemacht werden[6]. Dabei erheben sich specielle Fragen.

[2b] L. 8 §4 D. h. t. („decem quae mihi Titius debet").

[[2c] Für dieselbe hat sich die Bezeichnung titulirte Novation eingebürgert.]

[3] In diesem Sinne wird es in l. 1 § 1 D. h. t. für gleichgültig erklärt „qualis processit obligatio", also nicht für gleichgültig, ob überhaupt eine vorhergegangen ist. Wenn sodann in l. 8 § 1 und l. 14 § 1 D. h. t. gelehrt wird, daß die Novation einer bedingten Obligation erst mit Eintritt der Bedingung Novationswirkung habe, so ist es zwar nicht vollkommen sicher, daß damit dem Novationsvertrag auch die begründende Kraft bis zu jener Zeit abgesprochen sein solle; daß er sie aber in der That vor Eintritt der Bedingung nicht hat, ist nach l. 21 D. de accept. 46. 4 nicht zu bezweifeln. S. auch Note 15. Vgl. Römer S. 33—36, Salkowski S. 408—415, [Enneccerus Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin S. 561 fg.]. Bl. f. RAnwend. XXXIII S. 289 fg. (= Seuff. Arch. XXXV. 113). — Für den zweiten der oben bezeichneten Fälle ist es nicht unbestritten, daß in demselben der Inhalt der aufzuhebenden Obligation maßgebend sei für den Inhalt der neu zu begründenden. S. Römer S. 37. 38, und vgl. auch Witte X S. 498—499; gegen dieselben Vangerow Anm. 1 Nr. 1; jetzt wieder Römer Abhandlungen I S. 4 fg., ferner Regelsberger krit. VJSchr. XXI S. 285, andererseits Karlowa Rechtsgeschäft S. 230 fg. Hruza S. 97 fg. behauptet selbst für den ersten Fall, daß der Novationsvertrag ein Forderungsrecht erzeuge. — Geht in dem zweiten der bezeichneten Fälle das Novationsversprechen von dem alten Schuldner aus, so befreit die darin liegende Anerkennung vom Beweise; doch ist auch dieß nicht unbestritten. Vgl. v. Salpius S. 283, Salkowski S. 387; gegen dieselben Witte VIII S. 199 fg. IX S. 498 fg. Danz (353 Note 3[b]) S. 17 glaubt, mit dem Gesagten erkenne ich eine Sondernachfolge in die Obligation an! [Eine Sondernachfolge in seinem, nicht in meinem Sinn.]

[4] Z. B. wegen Handlungsunfähigkeit des novirenden Gläubigers. Vgl. l. 9 pr. l. 16 D. h. t., welche Stellen übrigens den hier behandelten Fall nicht voraussetzen.

[5] Die in der vorigen Note genannten Stellen nehmen offenbar an, daß der Novationsschuldner in Kenntniß der die aufhebende Kraft des Novationsvertrags ausschließenden Ursache versprochen habe.

[[5a] In diesem Falle spricht man heutzutage von einer reinen Novation.]

[6] Durch Rückforderung (condictio) und Einrede (exceptio doli oder in

a) Kann, wenn ein neuer Gläubiger eintritt, der Schuldner auch diesem gegenüber die Voraussetzung seines Versprechens (Aufhebung der alten Schuld) geltend machen? [7]. Gewiß, wenn beim Versprechen des Schuldners in einer dem Gläubiger erkennbaren Weise hervorgetreten ist, daß er nur unter dieser Voraussetzung verspreche; wenn dieß nicht der Fall ist, nach allgemeinen Grundsätzen nicht [8], und nur nach der positiven Bestimmung des römischen Rechts ausnahmsweise dann, wenn durch die Leistung des Schuldners der Gläubiger erhalten würde, worauf er dem alten Gläubiger gegenüber keinen Anspruch hat [9].

---

factum). L. 20 D. de SC. Mac. 14. 6; auch l. 14 D. de exc. 44. 1 und l. 25 D. de A. E. V. 19. 1 sind wohl von einer Novationsstipulation zu verstehen. Eine Einrede ist das Hülfsmittel des Schuldners auch in dem unter 1 genannten Fall, wenn die alte Forderung nicht nichtig, sondern nur mit einer Einrede behaftet war (Note 15); aber diese Einrede ist eben aus der alten Forderung übertragen, während die Einrede in dem hier betrachteten Fall durch die den Novationsvertrag begleitenden Umstände neu begründet ist. Vgl. Seuff. Arch. X. 153.

[7] Vgl. über diese Frage: Hoffmann in Sell's Jahrb. III S. 396 fg., Fein a. a. O. S. 35—42, Erxleben condictiones sine causa I S. 155—182, Windscheid Voraussetzung S. 93—96, Schlesinger a. a. O. S. 122—129, Witte Bereicherungsklagen S. 75—84. krit. VJSchr. VIII S. 359 fg., Voigt condictiones ob causam § 50, Römer a. a. O. S. 50—62; Thöl Handelsrecht I § 131 (6. Aufl. § 336), Brinz 2. Aufl., II S. 380. 387. Danz (§ 353 Note 3b) S. 113 fg. [Unger Schuldübernahme S. 9 und Noten dazu.]

[8] L. 12. 13. 19 D. h. t., l. 4 § 20 D. de doli exc. 44. 4, l. 1 § 10 D. quar. rer. 44. 5; l. 9 § 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 78 § 5 D. de I. D. 23. 3, l. 4 § 21 D. de doli exc. 44. 4. Vgl. auch l. 33 D. h. t., l. 41 pr. D. de re iud. 42. 1. L. 37 § 4 D. de op. lib. 38. 1 erklärt sich wohl nach Ziff. 1.

[9] Anerkannt für den Fall, wo der alte Gläubiger dem neuen seinen Schuldner in der Absicht zu schenken oder zum Zweck der Tilgung einer irrthümlich vorausgesetzten Schuld überwiesen hat. L. 2 § 3. 4 D. de donat. 39. 5, l. 7 pr. § 1 D. de doli exc. 44. 4. In den Stellen der vorigen Note ist von einer Ueberweisung zum Zweck der Tilgung einer wirklich bestehenden Schuld und zum Zweck einer Mitgiftbestellung die Rede, und da heißt es vom neuen Gläubiger: debitum persequitur, suum recepit, suum negotium gerit. — Die Art und Weise wie ich früher (in der Schrift über die Voraussetzung a. a. O.) die oben genannten Entscheidungen mit dem Princip in Einklang zu setzen versucht habe, halte ich jetzt nicht mehr für genügend. Es wird nichts übrig bleiben, als in diesen Entscheidungen eine Billigkeitsausnahme zu sehen. Voigt a. a. O. S. 366. 367 sieht in ihnen eine später verlassene Entwickelungsstufe; dawider mit Recht Römer S. 59. P. Gide (§ 353 Note *) p. 430 hält die Entscheidungen deßwegen für rationell, weil in den Fällen derselben gar keine „Delegation" vorliege, da jede Delegation erfordere „un délégant lié d'intérêts avec les deux autres". Ich verstehe das nicht. Das Interesse des Delegirenden wird dargethan durch die Delegation selbst. Gide geht aus von dem Fall, wo Jemand seinen vermeintlichen Schuldner seinem vermeintlichen Gläubiger überweist. Aber auch in diesem Fall liegt nichts vor als zwei Sine-causa-Leistungen der vermeintlichen Schuldner an die vermeintlichen Gläubiger, und warum auch die diese Leistungen perficirende Leistung des Ueberwiesenen sine causa sein sollte,

b) Tritt ein neuer Schuldner ein[10], so kann ebenfalls möglicherweise die kundgegebene Voraussetzung seines Versprechens die Aufhebung der alten Schuld sein[11]. Ist dieß nicht der Fall, so kann sich der neue Schuldner auf das Nichtbestehen oder die Nichtaufhebung der zu novirenden Schuld dem Novationsgläubiger gegenüber nur dann[12] berufen, wenn gleichzeitig die Voraussetzung, unter welcher er dem alten Schuldner gegenüber dessen Schuld auf sich nimmt, ermangelt[13].

Mit Rücksicht auf die verschiedenen, im Vorstehenden erörterten Fälle ist noch Folgendes zu bemerken.

1. Kennt der Versprechende das Nichtbestehen des durch den Novationsvertrag aufzuhebenden Forderungsrechts, so ist im Zweifel als seine Willensmeinung anzusehen, daß ein Forderungsrecht schlechthin begründet werden solle[14].

---

leuchtet nicht ein. Ueberdieß ist in dem Fall, wo die Ueberweisung zum Zweck der Schenkung vorgenommen wird, nur die eine Leistung sine causa. S. übrigens auch Leonhard Zeitschr. f. Handelsr. XXVI S. 324.

[10] Vgl. über diesen Fall namentlich Voigt § 51, Römer § 5.

[11] Vgl. § 353 Note 2.

[12] Der Regel nach also nicht. Dieß folgt nicht bloß aus allgemeinen Grundsätzen, sondern auch aus l. 1 § 11 D. quar. rer. 44. 5. (Ueber die impositio onerandae libertatis causa vgl. Leist Forts. von Glück, Serie der Bücher 37 und 38, V S. 281 fg.)

[13] Nämlich der wirkliche Bestimmungsgrund seines dem Novationsgläubiger gegebenen Versprechens ist lediglich aus seinem Verhältniß zum alten Schuldner hergenommen (§ 354 Note 2). Auf die Ermangelung dieses Bestimmungsgrundes (Voraussetzung) darf er sich nun an und für sich dem Novationsgläubiger gegenüber nicht berufen, da der Bestimmungsgrund diesem gegenüber nicht hervorgetreten ist — darf es aber ausnahmsweise in unserem Falle, weil der Novationsgläubiger auch demjenigen gegenüber, welcher ihm das Forderungsrecht verschafft hat, auf das zu Leistende keinen Anspruch hat. Es müssen hier ganz die bei dem vorigen Fall entwickelten Grundsätze entscheiden. In der That können, wenn A vermeintlicher Gläubiger des B ist, B vermeintlicher Gläubiger des C, und nun diese beiden vermeintlichen Forderungsrechte auf Eines zwischen A und C reducirt werden, nicht verschiedene Regeln gelten, je nachdem die Novationsabsicht auf die Aufhebung des Forderungsrechts zwischen B und C (voriger Fall), oder auf die Aufhebung des Forderungsrechts zwischen A und B (gegenwärtiger Fall), oder vielleicht auf die Aufhebung beider gerichtet ist. Ein directer Beweis für das hier Gesagte läßt sich aus l. 8 § 4 D. ad SC. Vell. 16. 1, wie Römer S. 63 will, nicht entnehmen; denn abgesehen davon, daß es nicht nothwendig ist, diese Stelle anders als von dem Eintreten eines neuen Gläubigers zu verstehen (der non debitor kann sehr wohl ein vermeintlicher Schuldner sein), wird hier dem Versprechenden eine Einrede nur im Interesse der delegirenden Frau gegeben („quemadmodum mulieris fideiussor", vgl. l. 19 § 5 eod.: „ne in mulierem mandati actio competat").

[14] Vgl. l. 12 D. h. t. „Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur (sc. debitor) ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur". L. 25 D. de V. O. 45. 1. Ueber l. 2 C. ad SC. Mac. 4. 28 f. § 373 Note 17.

2. Ob das aufzuhebende Forderungsrecht an und für sich nicht besteht, oder durch Einrede entkräftet ist, ist gleichgültig[15]. Dagegen ist es an und für sich nicht erforderlich, daß das aufzuhebende Forderungsrecht klagbar sei; von der anderen Seite reicht nicht jede klaglose Verbindlichkeit hin[16].

3. Ist die Novation unter einer Bedingung gemacht, so ist im Zweifel als die Absicht der Parteien anzusehen, daß es auf die Existenz des Forderungsrechts zur Zeit des Eintritts der Bedingung, nicht auf die Existenz zur Zeit des Novationsvertrags ankommen soll[17].

S. g. **novatio necessaria.**

§ 356.

Mit diesem Ausdruck bezeichnet man den Einfluß, welchen der Streitbeginn und das condemnatorische Urtheil auf das Forderungsrecht ausüben. Dieser Einfluß aber besteht, wie bereits oben (I § 124 Note 1. § 129 Note 5) gezeigt worden ist, nicht in der Aufhebung des bestehenden Forderungsrechts, sondern in einer Umwandlung desselben — darin, daß, während die Individualität des Forderungsrechts aufrecht erhalten bleibt, rechtliche Bestimmtheiten an dasselbe herantreten, welche es früher nicht hatte. Die Zusammenstellung dieser Umwandelung mit der Novation findet sich übrigens bereits in den Quellen[1].

---

[15] Von Entkräftung durch Einrede ist die Rede in l. 32 D. sol. matr. 24. 3, l. 20 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 25 D. de A. E. V. 19. 1, l. 14 D. de exc. 44. 1 (Note 6). L. 2 § 3. 4 D. de don. 39. 5 und l. 7 pr. § 1 D. de doli exc. 44. 4 (Note 9) sprechen im Allgemeinen von „pecunia quam me tibi debere existimabam“, von demjenigen, „quem creditorem tuum putabas“. [Nachzuweisen, daß bei der titulirten Novation (oben Ziff. 1) die Einreden übergehen, ist die Hauptaufgabe, welche sich die § 353 Note 3 citirte Schrift von Danz gestellt hat.]

[16] Vgl. darüber § 288 Note 4 und § 289.

[17] Für das Gegentheil beweist nicht l. 56 § 8 D. de V. O. 45. 1, welche sich vollkommen daraus erklärt, daß die Nichtexistenz, und so auch der spätere Wegfall, des zu novirenden Forderungsrechts dem Novationsgläubiger gegenüber nicht von dem neu eintretenden Schuldner geltend gemacht werden kann (Note 12). Römer S. 231 fg. stellt auf Grund dieser Stelle den Satz auf, daß der spätere Wegfall des zu novirenden Forderungsrechts für die bedingte Novationsstipulation an und für sich vollkommen gleichgültig sei, und auf dieselbe nur insofern wirke, als mit dem Wegfall eine Erfüllung verbunden sei.

[1] Vgl. namentlich die berühmte Stelle von Gajus III. 180. „Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum; nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. Et hoc est, quod apud veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam con- § 356.

5. Erlaß*.

§ 357.

Erlaß ist Aufhebung des Forderungsrechts durch den Willen des Gläubigers schlechthin[1]. Der Gläubiger läßt den Schuldner frei; dadurch hört derselbe auf, Schuldner zu sein. Der Bestimmungsgrund, welcher den Gläubiger zum Erlaß bewegt, kann so verschieden sein, wie der Bestimmungsgrund einer Vermögenszuwendung überhaupt[2]; namentlich darf man beim Erlaß nicht bloß an schenkungsweisen Erlaß denken[3].

Der Erlaß bedarf, um wirksam zu sein, der Annahme von Seiten des Schuldners; er ist wirksam nur als Erlaßvertrag[4]. Im Uebrigen kann der Erlaßvertrag einen verschiedenen Inhalt haben. a) Er ist gerichtet auf directe Aufhebung des Forderungsrechts[5]. b) Das For=

---

demnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere". Ferner l. 29 D. h. t. „Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam iudicii accepti, multa exempla ostendunt" . . ., und Vat. fr. § 263, wo es geradezu heißt: — „si . . interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit" (vgl. übrigens auch v. Salpius Novation und Delegation S. 37); ebenso l. 3 § 2 C. de usur. rei iud. 7. 54: — „novatur iudicati actione prior contractus". Aber gerade l. 29 cit. lehrt, daß die litis contestatio die bestehende Obligation nicht aufhebt, indem sie fortfährt: „perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur vel post pubertatem tutelae actio novetur, si id specialiter actum est; quod nemo dixit lite contestata: neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem, ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finiri possunt", und was das Urtheil angeht, s. I § 129 Note 4. Den Römern wurde die Vorstellung der Novation, namentlich für den Fall des Eintritts eines neuen Gläubigers oder Schuldners, noch näher gerückt durch den heutzutage nicht mehr geltenden Satz, daß die litis contestatio jede weitere gerichtliche Verfolgung des in den Streit eingeführten Anspruchs für alle Zeiten ausschloß. Vgl. außer den I § 124 Note 1 und § 129 Note 5 genannten Schriftstellern noch Unterholzner § 292—293 und die Lehrbücher von Seuffert § 295, Puchta § 292, Sintenis II § 105 Anm. 2 z. A., Brinz 1. Aufl. S. 556—560 (2. Aufl. II § 95), Keller § 278.

* Unterholzner I § 225—231, Sintenis II S. 470—483.

§ 357. [1] Durch den Willen des Gläubigers schlechthin — im Gegensatz zur Novation, wo der Wille des Gläubigers durch das Mittel eines neu begründeten Forderungsrechts wirkt (§ 353).

[2] Vgl. z. B. l. 9 § 7 D. quod. met. caus. 4. 2, l. 4 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 41 § 2 D. de I. D. 23. 3, l. 81 § 5 D. de leg. I° 30.

[3] S. namentlich Bähr Anerkennung § 29. 31.

[4] L. 91 D. de sol. 46. 3. Vgl. Seuff. Arch. XXIII. 195. Abgesehen wird hier von dem letztwilligen Erlaß; derselbe gehört in das Erbrecht.

[5] Von dieser Art ist die römische acceptilatio (Dig. 46. 4, Cod. 8. 43 [44]). Die acceptilatio ist vertragsmäßiges Empfangsbekenntniß in Form von Frage und Antwort (acceptum habes? acceptum habeo, ἔχεις λαβών; ἔχω λαβών. § 1 I. quib. mod. toll. 3. 29, vgl. l. 18 i. f. D. h. t.) — ein Vertrag, durch

derungsrecht soll an und für sich bestehen bleiben, es macht sich aber der Gläubiger anheischig, dasselbe nicht geltend zu machen, so daß, wenn er es dennoch thut, eine Einrede gegen ihn begründet ist[6]. Welchen Inhalt der Erlaßvertrag wirklich habe, ist im einzelnen Fall

welchen der Gläubiger erklärt, daß dieselben Wirkungen eintreten sollen, wie wenn er empfangen hätte. Deßwegen heißt es von der acceptilatio, sie befreie den Schuldner „solutionis exemplo" (l. 5 D. h. t.); ferner „solutioni comparatur" (l. 7 § 1 D. de lib. leg. 34. 3), „velut solvisse videtur is, qui acceptilatione solutus est" (l. 16 pr. D. h. t.), sie wird eine „imaginaria solutio" genannt (§ 1 I. quib. mod. toll. 3. 29, Gai. III. 169), vgl. auch l. 13 § 4 D. h. t., l. 16 D. de sol. 46. 3. Aber immerhin hat der Gläubiger nicht wirklich empfangen; und auch daraus werden rechtliche Consequenzen gezogen, s. Gai. III. 171. 172, l. 5 § 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (über l. 56 § 8 D. de V. O. 45. 1 s. § 355 Note 17). Vgl. über die Natur der acceptilatio Fitting Correalobl. § 8, Windscheid krit. VJSchr. III S. 170—171, Römer bedingte Novation S. 245—253, Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 309—318, Erman zur Geschichte der römischen Quittungen und Solutionsacte (Berliner Inaug.-Diss. 1883). (Vgl. über diese Schrift Hruza Grünhut's Zeitschr. XII S. 249 fg., Freund Zeitschr. der Sav.-Stift. V S. 269 fg.) [Mitteis Grünhut's Zeitschr. XIV S. 451.] Heutzutage haben wir keine acceptilatio mehr, aber in der Quittung ein ganz entsprechendes Rechtsinstitut; auch die Quittung ist (oder vielmehr kann sein, s. die zweite Hälfte dieses §) vertragsmäßiges Empfangsbekenntniß, nur nicht in Form von Frage und Antwort. A. M. Erman S. 67 fg.: bei der acceptilatio sei das Empfangsbekenntniß bloße Formel gewesen. Seuff. Arch. XXIII. 195. — Eine andere Form des römischen directen Erlaßvertrages ist der s. g. contrarius consensus, d. h. die formlose Vereinbarung der Parteien, daß ein zwischen ihnen abgeschlossener bonae fidei contractus wiederaufgehoben sein solle, s. z. B. § 4 I. quib. mod. toll. 3. 29, l. 7 § 6 l. 27 § 2 l. 58 D. de pact. 2. 14, l. 3 D. de resc. vend. 18. 5. Der contrarius consensus geht im Ausdruck auf Aufhebung des Vertrages, deßwegen nicht weniger in der Sache auf Aufhebung des durch den Vertrag begründeten Forderungsrechts (oder der durch den Vertrag begründeten Forderungsrechte). Dieß betont Bechmann Kauf II S. 470 fg. (gegen Czyhlarz zur Lehre von der Resolutivbedingung S. 31 fg., Leist über die Wechselbeziehung zwischen dem Rechtsbegründungs- und dem Rechtsaufhebungsacte, 1876, S. 17 fg.). Der contrarius consensus enthält eine directe Aufhebung „quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt" (l. 3 cit.); s. namentlich l. 27 § 2 D. de pact. 2. 14.

[6] § 3 I. de exc. 4. 13. Ein solcher Vertrag heißt in den Quellen pactum de non petendo (Dig. 2. 14, Cod. 2. 3). Das pactum de non petendo unterscheidet sich von der acceptilatio nicht bloß durch seine Formlosigkeit, sondern auch durch seinen Inhalt. S. Büchel civilr. Erörterungen II S. 45—52, v. Völderndorff-Waradein zur Lehre vom Erlaß (1850 — welche Schrift sich übrigens ihrem Hauptinhalte nach mit der Geschichte des pactum de non petendo beschäftigt), v. Scheurl Beiträge II Nr. 14. Zu weit geht aber v. Völderndorff, wenn er behauptet (so auch Rudorff zu Puchta § 297. a), das pactum de non petendo beziehe sich gar nicht auf die Obligation, sondern nur auf die Klage; dawider Scheurl a. a. O. S. 17—19, Arndts krit. Ueberschau II S. 154, [Kohler Grünhut's Zeitschr. XIV S. 19 fg.]. v. Völderndorff und Rudorff wollen außerdem das pactum de non petendo gar nicht Erlaßvertrag genannt wissen, und Scheurl bestreitet ihm wenigstens den Charakter eines wahren Erlaßvertrages; s. dagegen Arndts a. a. O. S. 154. 155 und vgl. l. 7 § 10 D.

durch Auslegung zu bestimmen; im Zweifel aber ist, wenn der Wille der Parteien auf eine Hemmung der Wirkung des Forderungsrechts in aller und jeder Beziehung gerichtet ist, anzunehmen, daß sie directe Aufhebung gewollt haben[7]. Seine eigentliche Anwendung findet der Erlaßvertrag der zweiten Art in dem Falle, wo der Wille der Parteien darauf geht, daß das Forderungsrecht nur in dieser oder jener Beziehung, etwa für eine gewisse Zeit oder für eine bestimmte Person[8], seine Wirksamkeit verlieren solle.

Der Erlaßvertrag steht unter den allgemeinen Regeln von der Gültigkeit der Verträge. Einer Form bedarf er zu seiner Gültigkeit nicht[9]; er kann daher auch stillschweigend abgeschlossen werden[9a]. Eine

---

de pact. 2. 14, l. 5 C. de rem. pign. 8. 25 [26]. Gegen Arndts wieder Fitting Correalobl. S. 95 Note 117, Baron Gesammtrechtsverh. S. 297.

[7] Für die Vorstellung der Parteien wird regelmäßig das Bestehen des Forderungsrechts in seiner Wirksamkeit aufgehen, und man würde ihrem Willen schlecht entsprechen, wenn man, wo derselbe unzweifelhaft auf Ausschluß aller Wirksamkeit gerichtet ist, das Forderungsrecht an und für sich fortbestehen lassen wollte. Vgl. Unger II § 96 Note 17, Arndts § 267 Anm. 1. d, Bruns in v. Holtzendorff's Encycl. I § 66 Nr. 3. a, Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 574 fg., Wächter II S. 430. S. übrigens auch § 413 Note 12.

[8] Pactum de non petendo in personam, im Gegensatz zum pactum de non petendo in rem. L. 7 § 8 l. 17 § 3 l. 25 § 1 D. de pact. 2. 14.

[9] Nach römischem Recht bedurfte keiner Form das pactum de non petendo. Für den directen Erlaßvertrag galt dagegen die Regel: „prout quidque contractum est, ita et solvi debet" (l. 80 D. de sol. 46. 3, l. 35. 100. 153 D. de R. I. 50. 17). Vgl. die Note 5 a. E. citirte Schrift von Leist S. 6 fg. Daher war der contrarius consensus nur anwendbar bei Obligationen aus Consensualverträgen (und auch bei diesen nicht, wenn der Vertrag bereits theilweise erfüllt war; denn auf Rückgabe der gemachten Leistungen konnte der formlose Vertrag kein Forderungsrecht begründen, und auseinandergerissen werden durfte er nicht, s. die in Note 5 a. E. citirten Stellen, und vgl. Seuff. Arch. XXI. 42). Alle anderen Obligationen mußten durch acceptilatio aufgehoben, und zu diesem Ende, wo nöthig, erst in verborum obligationes verwandelt werden (§ 353 Note 7). Heutzutage entscheidet der allgemeine Grundsatz, daß die Vertragsberedung zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit einer Form nicht bedarf (§ 312). Es ist nicht abzusehen, warum dieser Grundsatz nicht ebensowohl für aufhebende, als für begründende Verträge gelten sollte. So auch, wenigstens im Resultat die herrschende Meinung, vgl. Fritz Erläuter. II S. 421, Unterholzner S. 481, Sintenis S. 480 in der Anm. 2, Scheurl a. a. O. S. 24—26, Arndts krit. Ueberschau II S. 155—156 und Pand. § 267. 1. d (dieser mit einer künstlichen, dem Willen der Parteien Zwang anthuenden Rechtfertigung), Savigny Obl. I S. 178, Brinz 2. Aufl. II § 291. A. M. Vangerow III § 621 Anm., welcher für das heutige Recht nur den contrarius consensus (mit erweiterter Wirksamkeit, da heutzutage die meisten Vertragsobligationen solo consensu entstünden) gelten lassen will; a. M. auch v. d. Pfordten Abhandl. S. 300, welcher behauptet, das heutige Recht kenne einen directen Erlaßvertrag nur in der der römischen acceptilatio entsprechenden Quittung.

[9a] Vgl. l. 2 § 1 D. de pact. 2. 14, l. 17 § 1 D. de usur. 22. 1, l. 24 D.

heutzutage sehr gewöhnliche Form des directen Erlaßvertrags ist die Quittung, genauer gesprochen die Ausstellung und Einhändigung einer Quittung. Jedoch enthält die Quittung nicht nothwendig einen Erlaßvertrag, und nicht einmal zunächst. Die Quittung ist zunächst Beweismittel für die geschehene Erfüllung[10] und ist als solches rechtlich zu behandeln[11]. Erweist sie sich aber unfähig, die Thatsache der geschehenen Erfüllung processualisch festzustellen[12], so steht es dem Schuldner frei, nachzuweisen, daß sie unter Umständen ausgestellt worden sei, aus welchen auf die Absicht, durch sie den Erlaßwillen auszudrücken, geschlossen werden darf[13]. Wird eine Quittung wirklich in dieser Absicht ausgestellt, so enthält sie einen Erlaßvertrag, welcher vollkommen der römischen Acceptilation entspricht, und daher nach den Grundsätzen derselben zu beurtheilen ist[14].

Unfreiwilliger Erlaß. Qualificirter Erlaß.

§ 358.

Regelmäßig kann der Gläubiger zum Erlaß nicht genöthigt werden. Ausnahmsweise ist dieß zulässig im Fall der Ueberschuldung des Schuldners. Hierfür enthält

a) das Pandektenrecht folgende Grundsätze[1]. Im Fall der Ueberschuldung des Schuldners kann die Mehrheit der Gläubiger die Minder-

---

de prob. 22. 3. Seuff. Arch. II. 282, XIII. 156, XIV. 221. Speciell über den Fall, wo bei einer Abrechnung eine Forderung nicht mit in Ansatz gebracht wird: Seuff. Arch. IV. 220, IX. 57, XV. 194; Bähr Anerkennung S. 223—224 (242—243), Jahrb. f. Dogm. II S. 406—407, Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLVII S. 175—177.

[10] Anerkennung der Erfüllung im Sinne eines Zeugnisses gegen sich selbst. S. § 412b Note 3.

[11] D. h. sie braucht nicht erst durch Anfechtung beseitigt zu werden; sie unterliegt dem Gegenbeweis (und der exceptio non numeratae [non solutae] pecuniae, § 344 Note 3).

[12] Weil ihre Beweiskraft (durch die exceptio non numeratae pecuniae gebrochen, oder) durch Gegenbeweis aufgehoben ist.

[13] Dieser Schluß setzt unter allen Umständen voraus, daß der Gläubiger bei Ausstellung der Quittung gewußt habe, daß noch nicht erfüllt sei. Wird aber der Schluß durch dieses Wissen allein gerechtfertigt? Nicht in dem Falle, wo in Erwartung nachfolgender Zahlung quittirt wird. Vgl. § 412b Note 4. L. 6. 21. 23 C. de sol. 8. 42 [43]. Seuff. Arch. XXI. 230.

[14] Sie ist, wie die acceptilatio, ein Vertrag, durch welchen der Gläubiger erklärt, daß dieselben Wirkungen eintreten sollen, welche eintreten würden, wenn wirklich erfüllt worden wäre. Vgl. § 357 Note 5. Dafür auch Wächter II S. 430. — [Das zu Note 10—14 Gesagte ist anerkannt in Entsch. d. RG. XIV S. 242.]

[1] Heffter Arch. f. civ. Pr. X S. 337—355. Spangenberg Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VI S. 226—235. Pfeiffer praktische Ausführungen III S. 1—52 und VIII S. 123—170. Bayer Concursproceß § 38. 39. § 358.

heit zu einem theilweisen Erlaß nöthigen, muß aber zu diesem Ende ein richterliches Decret erwirken[2]. Die Mehrheit wird, wie in dem Fall des § 275 Ziff. 2, nicht nach der Zahl der Personen, sondern nach der Größe der Forderungen bestimmt[3]. Der Bürge, welcher sich bei einem nicht zustimmenden Gläubiger verbürgt hat, kann sich auf den Nachlaß nicht berufen[4]. Pfandgläubiger brauchen sich dem Beschluß der Mehrheit nicht zu unterwerfen[5].

b) Nach der Reichsconcursordnung steht nur der Mehrheit der Concursgläubiger (der in den Concurs eingetretenen Gläubiger) das Recht zu, die Minderheit zu einem theilweisen Erlaß zu nöthigen (Zwangsvergleich). Die Mehrheit bestimmt sich in der § 275 Note 3 bezeichneten Weise. Der Vertrag bedarf der Bestätigung des Concursgerichtes[5a]. Der Bürge bleibt verhaftet[5b]. —

---

[2] In den Quellen ist der im Text genannte Satz nur für den Fall einer überschuldeten Erbschaft anerkannt, welche der berufene Erbe ohne Nachlaß nicht antreten will. L. 7 § 19 — l. 10 pr. D. de pact. 2. 14, l. 58 § 1 D. mand. 17. 1, l. 23 D. quae in fr. cred. 42. 8. Der Grund ist, damit der Verstorbene nicht den Schimpf der venditio bonorum erleide (l. 23 D. cit.). Die Ausdehnung des Satzes auf andere Fälle der Ueberschuldung beruht auf der Praxis. Seuff. Arch. I. 150, V. 265, XI. 320, XVII. 195; dawider X. 249, Spangenberg a. a. O. S. 231. [Vgl. Fuchs das Concursverfahren (1863) S. 83 fg.] In dieser Ausdehnung liegt aber dem Satz offenbar ein ganz anderer Gedanke zu Grunde: es kann eine bloß theilweise Befriedigung mit Abwendung des Concurses im Interesse der Gläubiger selbst liegen (vgl. Seuff. Arch. VII. 264): hierbei soll der Eigensinn oder auch nur die abweichende Ansicht der Minderheit nicht in Betracht kommen. Das Interesse des Schuldners steht jedenfalls erst in zweiter Linie. So auch Pfeiffer III S. 10—12. VIII S. 126 (a. A. das OT. zu Stuttgart in dem bei Seuff. I. 150 angeführten Erkenntniß). Deßwegen darf man auch nicht, wie es wohl geschieht (so namentlich von Heffter und Bayer, und in dem zuvor erwähnten Stuttgarter Erkenntniß), die Verpflichtung der Minderheit, sich zu unterwerfen, davon abhängig machen, daß der Schuldner ohne sein Verschulden in Vermögensverfall gerathen sei (nach Analogie der cessio bonorum). Seuff. Arch. XVII. 195, XXII. 195, XXV. 88.

[3] Erst bei Gleichheit der Forderungen entscheidet die Mehrheit der Personen. Ist auch die Zahl der Personen gleich, so soll diejenige Seite vorgehen, auf welcher sich der Angesehenere unter den Gläubigern befindet (vgl. jedoch Bayer S. 104 unt.); in letzter Linie überwindet die Bejahung die Verneinung. L. 8 D. de pact. 2. 14.

[4] L. 58 § 1 D. mand. 17. 1. Seuff. Arch. V. 265. Vgl. Holzschuher III § 229 Nr. 3.

[5] L. 58 § 1 cit., l. 10 pr. D. de pact. 2. 14. Seuff. Arch. XXXII. 201. Darüber, ob das Gleiche für Gläubiger mit einem Concursprivilegium gelte, finden sich entgegengesetzte Entscheidungen in den beiden zuvor genannten Stellen. Ob eine Ausgleichung des Widerspruchs möglich ist, bleibt zweifelhaft; jedenfalls kann die gelegentliche Aeußerung der ersten Stelle der ausdrücklichen und bestimmten (verneinenden) Entscheidung der zweiten gegenüber nicht in Betracht kommen. S. namentlich Vangerow III § 583 Anm. 2.

[5a] KO. § 160 fg. Einführungsgesetz zur KO. § 4. Vgl. KO. § 196. 200.

Eine besondere Anwendung findet der Erlaßvertrag beim Vergleich, beim Schiedsrichter- und Schiedseidvertrag[6]. Die besonderen Grundsätze für diese Rechtsinstitute gehören nicht hierher, sondern in den speciellen Theil des Obligationenrechts[7].

6. Tod des Gläubigers oder Schuldners*[1].

§ 359.

Der Tod des Gläubigers oder des Schuldners ist regelmäßig für den Bestand des Forderungsrechts gleichgültig; an die Stelle des Gestorbenen treten seine Erben. Dieser Satz gilt aber nicht ausnahmslos. Eine Ausnahme von demselben kann zunächst begründet werden durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Bestimmung des das Forderungsrecht begründenden Rechtsgeschäfts[2]. Sodann gibt es auch gesetzliche Ausnahmen. Unter diesen sind von allgemeinerer Bedeutung folgende[3].

---

206. [Oetker Konkursrechtliche Fragen, in der Rostocker Festschrift für B. Windscheid (1888) S. 35 fg.]

[5b] KO. § 178. In Betreff der Pfandgläubiger s. § 272a Note 4.

[6] S. jedoch § 415 Note 6, § 418 Note 1. d.

[7] In die Lehre von der Aufhebung der Obligation stellen die drei genannten Rechtsinstitute namentlich die Lehrbücher von Puchta, Arndts, Sintenis. Aber diese Rechtsinstitute sind nicht bloß oder nicht nothwendig auf Aufhebung eines Forderungsrechts gerichtet, und was Besonderes von ihnen zu sagen ist, hat seinen Grund nicht darin, daß sie auf Aufhebung eines Forderungsrechts gerichtet sind oder gerichtet sein könnnen, sondern in dem übrigen Inhalt des Vertrages. S. auch Arndts § 269 zu Note 3, und unten § 413 Note 13.

* Unterholzner I § 251. 252, Sintenis II S. 461—463. Köppen Erbrecht S. 173 fg.

[1] Mit dieser Thatsache beginnt die Reihe der Thatsachen, welche das Forderungsrecht ohne Befriedigung des Gläubigers aufheben. Unter diesen Thatsachen werden hier zuerst diejenigen betrachtet (§ 359), welche das Forderungssubject, dann (§ 360) diejenigen, welche das Forderungsobject betreffen. Die noch übrig bleibenden Thatsachen (§ 361) entziehen sich einer systematischen Anordnung. § 359.

[2] Ausdrückliche Beschränkung auf die Lebenszeit: l. 32 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 56 § 4 D. de V. O. 45. 1. Vertrag auf Arbeit, bei welchem Fähigkeit und Tüchtigkeit gerade dieses Versprechenden den Ausschlag gibt: vgl. l. 31 D. de sol. 46. 3, auch l. 13 C. de contr. stip. 8. 37 [38]. (Besondere Anwendung: Dienstbotenvertrag.) Vertrag auf Bestellung eines Nießbrauches d. h. eines nach dem Leben gerade dieses Gläubigers zu bemessenden Nutzungsrechts, vgl. l. 38 § 10—12 D. de V. O. 45. 1. Römische operae officiales des Freigelassenen: l. 6 D. de op. lib. 38. 1. Pactum de contrahendo? S. § 335 Note 5a und Citate das. Vgl. noch Seuff. Arch. XXV. 18.

[3] Im Uebrigen bemerke man noch: nach älterem römischen Recht ging auf die Erben nicht über die Verbindlichkeit des sponsor und des fidepromissor (Gai. III. 120. vgl. gegen Savigny V S. 202 Girtanner Bürgschaft S. 8 fg., Bekker proc. Consumption S. 168. 187, Windscheid die Actio ꝛc. S. 29) und

1. Auf den Erben des Gläubigers gehen nicht über[4] die Forderungsrechte, welche bestimmt sind, dem Gläubiger Genugthuung für eine ihm zugefügte persönliche Kränkung zu verschaffen[5]. Die einzelnen Forderungsrechte, welchen das römische Recht diese Eigenschaft beilegt, sind in der Note [6] angegeben; in wie weit dieselben noch praktisch sind, bleibt hier einstweilen dahingestellt[7]. Alle hierher gehörigen Forderungsrechte werden aber vererblich durch die Rechtshängigkeit[8].[8a]

das Forderungsrecht der Ehefrau auf Rückgabe ihrer Dos (Ulp. VI. 7). Noch nach Justinianischem Recht geht nicht über die Forderung und Verbindlichkeit aus dem Schiedsrichtervertrag (l. 32 § 3 l. 49 § 2 D. de recept. 4. 8); die Verbindlichkeit des Vormundes aus seiner gewöhnlichen Nachlässigkeit (§ 438 Note 9); endlich nicht die Forderung und Verbindlichkeit aus dem Auftrags- und aus dem Gesellschaftsvertrag, jedoch diese nur in dem Sinne, daß sie für die Zukunft nicht weiter wirken, während die von ihnen in der Vergangenheit bereits erzeugten Wirkungen für die Erben fortbestehen (§ 5 I. de soc. 3. 25, § 10 I. de mand. 3. 26, l. 65 § 9 D. pro soc. 17. 2). S. noch § 475 Note 13, auch § 466 Ziff. 3.

[4] Vgl. zum Folgenden: Marezoll Magazin f. RW. und Gesetzgeb. IV S. 363—366, Kierulff S. 227 Note *, Savigny System V S. 200—202 und II § 73, Mühlenbruch Forts. von Glück XLIII S. 9—14 und Cession S. 295—302, Puchta § 88. c, Arndts § 104 Anm. 1, Vangerow I § 145 Anm. Nr. I, Köppen a. a. O. S. 177—179.

[5] Die s. g. actiones vindictam spirantes, so genannt, weil sie „magis vindictae, quam pecuniae habe(n)t persecutionem", l. 2 § 4 D. de coll. 37. 6. Es wird mit ihnen zwar eine Vermögensleistung gefordert, aber diese nicht als solche, sondern in ihrer Eigenschaft als Genugthuung für die von dem Fordernden erlittene Kränkung, und Genugthuung kann nur dem Gekränkten geleistet werden. Ueberdieß darf es von der Entscheidung Niemandes, als eben des Gekränkten, abhängen, ob die Kränkung aufgenommen werden oder ob sie auf sich beruhen bleiben soll. Deßwegen werden die actiones vindictam spirantes auch in anderen Beziehungen nicht als Vermögensbestandtheile behandelt, s. § 335 Note 1.

[6] a) Die actio iniuriarum, § 1 I. de perp. et temp. act. 4. 12, l. 13 pr. D. de iniur. 47. 10, l. 32 D. ad leg. Falc. 35. 2; l. 7 § 1 D. de iniur. 47. 10, l. 5 § 1 D. ad leg. Aquil. 9. 2, l. 2 § 4 D. de coll. 37. 6; b) die actio wegen unerlaubter Belangung des Patrons und der Ascendenten, l. 24 D. de in ius voc. 2. 4; c) die actio de calumnia, l. 4 D. de calumn. 3. 6; d) die actio de sepulcro violato, l. 10 l. 3 § 8 l. 6 D. de sep. viol. 47. 12; e) die actio wegen verhinderter Beerdigung eines Leichnams, l. 9 D. de relig. 11. 7; f) die actio de effusis et deiectis wegen Beschädigung eines freien Menschen, l. 5 § 5 D. de his qui eff. 9. 3; g) die Vermögensstrafen des schuldigen Theils bei der Ehescheidung, s. unten § 510. — Auch die querela inofficiosi testamenti würde hierher gehören, wenn sie ein Forderungsrecht wäre. Aber sie ist ein Anspruch nach Art des Wiedereinsetzungsanspruchs. Ebensowenig gehört hierher das Widerrufsrecht des Schenkers wegen Undankbarkeit des Beschenkten; auch dieses Recht ist kein Forderungsrecht, sondern erst durch den Widerruf wird ein Forderungsrecht begründet, l. 10 C. de revoc. don. 8. 55 [56]. S. § 367 Note 19.

[7] Vgl. § 472, § 514 Note 5, § 471 Note 5, § 456 Ziff. 5, § 468, § 457 Note 3. 4, § 510.

2. Auf die Erben des Schuldners gehen nicht über[9] die Forderungsrechte aus Vergehen (Delicten), welche Strafe zum Gegenstand haben[10]. Die Forderungsrechte aus Vergehen, welche Schadensersatz zum Gegenstand haben, gehen auf die Erben des Schuldners nur bedingt über: nach römischem Recht soweit die Erbschaft durch das Vergehen bereichert ist[11], nach heutigem Recht, soweit die Erbschaft reicht[12]. Diese Beschränkung gilt aber auch nur für die Forderungsrechte, welche in dem Vergehen als solchem ihren Grund haben; Forderungsrechte auf Schadensersatz, welche auf einem andern Grunde beruhen, gehen deßwegen nicht weniger auf die Erben des Schuldners unbedingt über, weil die beschädigende Handlung den Thatbestand eines Delicts in sich trägt[13]. Auch unter den Forderungsrechten aus

[8] S. I § 124 Note 11. § 126.

[8a] Auch der durch die neuere Reichsgesetzgebung eingeführte Anspruch auf Buße (§ 326 Note 11) geht auf die Erben des Verletzten nicht über. StrPO. § 443. 444.

[9] Vgl. zum Folgenden: Francke Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien I S. 1 fg. (1828). Kierulff S. 218—227, Savigny System V § 210. 211, Mühlenbruch Fortsetzung von Glück XLIII S. 16—38, Vangerow I § 145 Anm. Nr. II., Köppen a. a. O. S. 180—190.

[10] § 1 I. de perp. et temp. act. 4. 12, l. 20 D. de poen. 48. 19, l. 1 pr. D. de priv. del. 47. 1; vgl. l. 22 D. de O. N. N. 39. 1 (— „in poenam heres non succedit"). Nach StrGB. § 30 kann die von dem Strafrichter rechtskräftig erkannte Geldstrafe auch in den Nachlaß vollstreckt werden.

[11] L. 26. D. de dolo 4. 3: — „quatenus ad eum pervenerit, i. e. quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit". L. 35 pr. D. de O. et A. 44. 7, l. 44 D. de R. I. 50. 17, l. 1 § 6 D. de eo per quem fact. 2. 10, l. 16 § 2 l. 19. D. quod met. caus. 4. 2, l. 17 § 1 l. 26—29 D. de dolo 4. 3, l. 1 § 48 l. 2. 3 pr. D. de vi 43. 16, l. un. C. ex del. def. 4. 17, u. a. m. Soweit die Entschädigung die Bereicherung des Verpflichteten überschreitet, wird sie für diesen in der That zur Strafe (vgl. l. 16 § 2 D. quod met. caus. 4. 2, l. 22 D. de O. N. N. 39. 1); die actio auf Entschädigung kann daher auch als actio poenalis bezeichnet werden (Savigny: einseitige Strafklage), l. 2 § 5. 8 D. ne vis fiat ei 43. 4. Zu l. 26 D. de dolo cit. vgl. noch l. 127 D. de R. I. 50. 17, l. 17. 18. 20 D. quod met. caus. 4. 2 und überhaupt: W. Sell Versuche I S. 63—76, H. Witte Bereicherungsklagen S. 315—322, Jacobi Jahrb. f. Dogm. IV S. 210—212, Wendt Jahrb. f. Dogm. XXII S. 399 fg.

[12] Das canonische Recht läßt die Erben unbedingt haften, c. 3 C. 16 qu. 6, c. 5 X. de rapt. inc. 5. 17 („iuxta facultates suas condigne satisfaciant"), c. 9 X. de usur. 5. 19, c. 14 X. de sepult. 3. 28, c. 28 X. de sent. exc. 5. 39. Aber ein sehr alter und sehr constanter Gerichtsgebrauch hat die Vorschrift des canonischen Rechts in der im Text bezeichneten Weise modificirt. Francke S. 44 fg., Savigny S. 51 fg., Mühlenbruch S. 35 fg., Köppen S. 186—187. Vgl. noch Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 205—206.

[13] L. 10 pr. D. comm. div. 10. 3. „Item quamvis legis Aquiliae actio in heredem non competat, tamen hoc iudicio (sc. communi dividundo) heres socii praestet, si quid defunctus in re communi admisit, quo nomine legis Aquiliae actio nascitur". L. 7 § 1 D. dep. 16. 3, l. 12. 49 D. de O. et A.

einem Vergehen als solchem machen eine Ausnahme die Forderungsrechte aus widerrechtlicher Aneignung beweglicher oder unbeweglicher Sachen; die Erben des Thäters haften aus ihnen wie der Thäter selbst[14]. Auch hier, mag das Forderungsrecht auf Strafe oder auf Schadensersatz gehen, hört die Unvererblichkeit mit der Rechtshängigkeit auf[15].

———

44. 7, l. 121 § 3 D. de V. O. 45. 1, l. 157 § 2 D. de R. I. 50. 17. Zu l. 8 § 1 D. de fidei. et nom. 27. 7 vgl. l. 4 C. de in lit. iur. 5. 53, zu § 1 I. de perp. et temp. act. 4. 12 vgl. Gai. IV. 113 und s. über beide Stellen die gründliche Erörterung von Francke S. 16 fg.; Vangerow S. 216.

[14] L. 7 § 2 l. 9 D. de cond. furt. 13. 1; l. 10 eod. l. 1 § 1 D. de cond. trit. 13. 3, l. 2 § 26. 27 D. vi bon. rapt. 47. 8; l. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 § 1 D. de furt. 47. 2. Die Quellen bezeichnen das Klagerecht, welches sie in diesen Fällen gewähren, als condictio. Damit soll gesagt sein, daß es seinen Grund habe in der durch das Vergehen bewirkten ungerechtfertigten Bereicherung des Beklagten (condictio sine causa), also nicht in dem Vergehen als solchem. Nichtsdestoweniger hat es seinen Grund in dieser Bereicherung nicht. Hätte es seinen Grund in dieser Bereicherung, so müßte es auch nur auf die Bereicherung gehen; aber es geht weiter. Denn die condictio ist eine condictio rei, nicht possessionis, während der Thäter nur um den Besitz reicher geworden ist, nicht aber um den Vermögenswerth der Sache selbst; dieser ist geblieben, wo er war, beim Eigenthümer. Vgl. Gai. IV. 4, § 14 I. de act. 4. 6, l. 2 D. de cond. trit. 13. 3 in Verbindung mit l. 6 D. de vi 43. 16, l. 3 § 11 D. uti poss. 43. 17. Die Römer bezeichnen also etwas als condictio sine causa, was condictio sine causa nicht ist, und sind sich des darin liegenden Widerspruchs wohl bewußt; das, sagen sie, sei eingeführt, „odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur" (s. die citirten Stellen aus Gajus und den Justinianischen Institutionen). Mit anderen Worten: sie wollten auf jene Delictsforderung zum Nachtheil des Thäters die Grundsätze von der condictio sine causa angewendet wissen, und namentlich, was wahrscheinlich der Ausgangspunkt gewesen ist, die für die condictio sine causa geltende Vererblichkeit. In anderen Beziehungen wird denn auch die Delictsnatur der condictio furtiva wieder zur Geltung gebracht, s. l. 4 D. de cond. furt. 13. 1 (deren Erklärung durch Savigny Syst. V S. 562 offenbar nur Nothbehelf ist) und l. 1 C. de cond furt. 4. 8, vgl. § 425 Note 4. Von der actio rerum amotarum, welche die condictio furtiva vertritt, heißt es in l. 21 § 5 D. rer. am. 25. 2 geradezu: ex delicto nascitur. Allerdings wird in Beziehung auf sie gerade die Vererblichkeit, welche in l. 6 § 4 D. eod. ausdrücklich anerkannt wird, in l. 3 C. eod. 5. 21 geleugnet. — Die jetzt herrschende Meinung erklärt die condictio furtiva und die ihr gleichstehenden Klagerechte einfach für Klagerechte aus ungerechtfertigter Bereicherung, und leitet daraus ihre Vererblichkeit her. S. Kierulff S. 222, Mühlenbruch a. a. O. S. 19—25, namentlich aber Savigny Syst. V S. 551—564 und nach ihm Sintenis II § 109 Anm. 123, Vangerow I S. 216 und III § 679 Anm. 2. Für die Delictsnatur der condictio furtiva: Francke S. 28—40 und Witte Bereicherungsklagen S. 322—325. — Der in Note 12 bezeichnete Gerichtsgebrauch bezieht sich auf die condictio furtiva und die anderen hierher gehörigen Klagerechte nicht. Derselbe hat nur die neue Bestimmung des canonischen Rechts modificiren wollen. Francke S. 54; a. M. Mühlenbruch S. 37, Köppen S. 187.

[15] S. I § 124 Note 11. § 126.

7. Unmöglichkeit der Leistung.

§ 360.

Das Forderungsrecht geht auch dadurch unter, daß die Leistung dem Schuldner ohne seine Schuld unmöglich wird. Hierüber, wie über den Einfluß, welchen bei gegenseitigen Verträgen die unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung auf das dem Schuldner aus dem Vertrage seinerseits zustehende Forderungsrecht ausübt, ist bereits früher gehandelt worden (§ 264 Note 5. 6, § 321 Note 16—19a). Es ist aber hier zu dem Gesagten noch Folgendes hinzuzufügen.

1. Durch die unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung wird das Forderungsrecht direct aufgehoben[1].

2. Hört die Unmöglichkeit der Leistung hinterher wieder auf, so wird dadurch das Forderungsrecht nur dann wieder hergestellt, wenn das Wiederaufhören in der Natur der Unmöglichkeit begründet, nicht, wenn es zufällig ist[2].

3. Eine unverschuldete Unmöglichkeit der Leistnng liegt auch dann vor, wenn der Gläubiger die individuell bestimmte Leistung, auf welche das Forderungsrecht geht, anderweitig erhalten hat[3]. Jedoch ist der Gesichtspunkt, unter welchem die Quellen in diesem Falle Aufhebung des Forderungsrechts annehmen, nicht der der Unmöglichkeit, sondern der der Befriedigung des Gläubigers[4]

8. Andere Aufhebungsthatsachen.

§ 361.

Es gibt noch eine Reihe von anderen Gründen der Aufhebung von Forderungsrechten, von welchen bereits in anderen Zusammenhängen gehandelt worden ist: dahin gehören Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (I § 120 a. E.), aberkennendes Urtheil (I § 129 Ziff. 2), Verjährung (I § 112 Note 3—5), Verwirkung (I § 123 Ziff. 1, II § 335 Ziff. 2. § 434 Note 18), auflösende Bedingung und Befristung (I § 90. 96 a. E.). Hier ist noch hinzuzufügen[1], daß ein Forderungsrecht möglicherweise auch durch einseitige Erklärung (Aufkündigung) sein Ende

---

[1] Allerdings ist dieß in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt. Aber vgl. namentlich l. 107 D. de sol. 46. 3, wo die Unmöglichkeit als naturalis resolutio neben die Erfüllung gestellt wird. Mommsen Beiträge I S. 304—308. § 360.

[2] L. 83 § 5 D. de V. O. 45. 1, l. 98 § 8 D. de sol. 46. 3. Vgl. § 315 Note 11, und Mommsen a. a. O. S. 290 fg.

[3] § 14 I. de act. 4. 6, l. 34 § 3 l. 108 § 4 D. de leg. I° 30.

[4] Vgl. § 343a.

[1] Natürlich können hier nur diejenigen Aufhebungsgründe genannt werden, § 361. welche eine allgemeinere Bedeutung haben. Zu denjenigen, welche von dieser

erreichen kann, sei es in dem Sinn, daß es schlechthin aufgehoben wird, sei es in dem Sinn, daß es nur für die Zukunft nicht mehr fortwirkt, während die von ihm bereits erzeugten Wirkungen bestehen bleiben. Ein solches Rücktrittsrecht kann auf Vertrag beruhen oder auf gesetzlicher Vorschrift[2]. — Wenn gewöhnlich gelehrt wird, daß das Forderungsrecht auch durch den Wegfall des Interesse des Gläubigers aufgehoben werde, so kann dieß als begründet nicht anerkannt werden[3].

Art nicht sind, zähle ich auch den Wegfall der Verbindlichkeit des Hauptschuldners als Grund der Aufhebung der Verbindlichkeit des Bürgen (§ 477 Ziff. 1. b).

[2] So ist z. B. ein unbedingtes gesetzliches Rücktrittsrecht dem Schuldner beim Auftrags- oder Gesellschaftsvertrag, ein bedingtes beim Miethvertrag gegeben.

[3] Wenn der Gläubiger kein Interesse mehr an der Geltendmachung seines Forderungsrechts hat, so wird er es eben nicht geltend machen; macht er es aber geltend, so beweist er gerade dadurch sein Interesse. Soll also der bezeichnete Satz überhaupt Sinn haben, so muß er nicht vom Interesse im Allgemeinen, sondern speciell vom Vermögensinteresse verstanden werden. Aber auch der Wegfall des Vermögensinteresse kann als Grund des Wegfalls des Forderungsrechts nur auf Grund der Ansicht anerkannt werden, daß das Forderungsrecht zur wesentlichen Voraussetzung ein Vermögensinteresse des Gläubigers habe, und dieser Ansicht ist bereits oben (§ 250 Note 3) entgegengetreten worden. Nur wird im einzelnen Fall zu erwägen sein, ob nicht das Rechtsgeschäft, auf welchem das Forderungsrecht beruht, ein Forderungsrecht bloß zur Befriedigung des Vermögensinteresse des Gläubigers und also nicht über die Dauer desselben hinaus habe begründen wollen. Und ferner kann natürlich die eintretende Unmöglichkeit der Leistung die Verwandelung des Forderungsrechts in ein Forderungsrecht auf das Vermögensinteresse nur dann herbeiführen, wenn der Gläubiger ein Vermögensinteresse noch hat. Im classischen römischen Recht trat die Verwandelung des Forderungsrechts in ein Forderungsrecht auf Leistung des Vermögensinteresse nicht bloß in Folge der Unmöglichkeit der Leistung, sondern bei jedem Urtheil ein, und so war für die Römer allerdings die Realisirbarkeit des Forderungsrechts ganz allgemein an die Fortdauer des Vermögensinteresse des Gläubigers geknüpft. Im Einzelnen kommen hier folgende Stellen in Betracht. a) L. 14 pr. D. de cond. furt. 13. 1: die condictio furtiva fällt weg mit Wegfall des Eigenthums des Klägers: „nam nec petitoris iam interest, hominem recipere", d. h. er kann keinen Vermögensschaden mehr liquidiren. Der eigentliche und auch für das heutige Recht vollkommen durchgreifende Grund der Entscheidung ist freilich der in der l. 14 cit. an zweiter Stelle genannte, daß „soli domino condictio competit" (l. 1 eod.). b) L. 32 D. loc. 19. 2. „Qui fundum colendum in plures annos locaverat, decessit, et eum fundum legavit: Cassius negavit, posse cogi colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset". Die Stelle hat offenbar nur den Fall im Auge, wo der Erbe mit dem Vermächtnißnehmer keine Vereinbarung des Inhalts getroffen hat, daß dieser für die noch übrige Pachtzeit die Sache im Besitz und Genuß des Pächters lassen solle. Wollte er in diesem Fall gegen den Pächter, welcher die Pacht aufgibt und das Grundstück verläßt, klagend auftreten, so würde ihm dieser mit Recht entgegnen, daß der Erbe nicht im Stande sein würde, ihn im Besitz des Grundstücks zu erhalten. Und deßwegen hat der Erbe in der That kein Interesse daran, daß der Pächter nicht ausziehe. Nun ist es allerdings richtig, daß die Stelle den

Zweites Kapitel.

Die einzelnen Forderungsrechte.

Uebersicht.

§ 362.

Unter den einzelnen Forderungsrechten setzen sich auf den ersten Blick zwei große Klassen ab: die Forderungsrechte aus Verträgen und die Forderungsrechte aus Vergehen (Delicten). Die übrigen Forderungsrechte haben zum Theil eine unverkennbare Verwandtschaft mit Forderungsrechten, welche aus Verträgen, oder mit solchen, welche aus Vergehen entspringen, und sind daher im Anschluß an die Vertrags- und Vergehensobligationen darzustellen. Jedoch fügen sich nicht alle Forderungsrechte ohne Zwang in eine solche Anlehnung; von denjenigen, welche es nicht thun, ist in einer besonderen Abtheilung zu handeln. Endlich ist es angemessen, einer besonderen Betrachtung diejenigen Forderungsrechte zu unterwerfen, welche auf Grund einer in der Person eines Dritten begründeten Obligation zustehen. Ganz ausgeschlossen bleiben hier diejenigen Forderungsrechte, welche im Zusammenhang des Sachen-, Familien- oder Erbrechts eine passendere Stelle finden[1].

Mangel des Interesse als Grund, und nicht als Folge des Ausschlusses des Forderungsrechts bezeichnet: aber wenn danach unsere Erklärung dem Verfasser der Stelle eine Ungenauigkeit in der Gedankenausbildung vorwirft, so bedenke man auf der anderen Seite, ob man geneigt sein möchte, dem Erben die Rechte aus dem Pachtvertrag des Erblassers auch dann abzusprechen, wenn er in Folge einer Uebereinkunft mit dem Vermächtnißnehmer dem Pächter das Grundstück ganz in der Weise, wie dieser es zu fordern berechtigt ist, zur Verfügung stellt. Wovon für den Kauf l. 25 § 1 loc. 19. 2 das Gegentheil sagt. Vgl. über die genannte vielbesprochene Stelle Glück XVIII S. 26 fg., Cropp in Heise und Cropp Abhandlungen II S. 297 fg., Mühlenbruch Cession S. 313 fg., Mommsen Erörterungen I S. 135, Sintenis Civilrecht II § 118 Anm. 117 (S. 665—666), Schmid Cession II S. 321 fg., Ziebarth Realexecution S. 147, Schlesinger die rechtliche Unzulässigkeit der Beschlagnahme des noch nicht verdienten Lohnes (Leipzig 1869) S. 53 fg., Hartmann die Obligation S. 53 fg. [Arch. f. civ. Pr. LXXII S. 179], Scheurl krit. VJSchr. XVIII S. 509 fg., Bechmann Kauf I S. 433 Note 2, Wendt Faustrecht S. 206 fg., [Salkowski Forts. von Glück XLIX S. 565 fg.]. Seuff. Arch. IV. 238. c) L. 97 § 1 D. de V. O. 45. 1. Die Entscheidung der Stelle beruht auf der Annahme, daß auf einen Fall, für welchen der Gläubiger an der Leistung kein Interesse hat, auch der Contractswille nicht gerichtet gewesen sei. Vielleicht hat gleichen Sinn auch l. 95 eod. Vgl. auch die Stellen, in welchen die Richtung des Vermächtnißwillens aus dem Interesse, welches diese oder jene Person an der Leistung habe, bestimmt wird; l. 69 § 2 l. 49 § 4—7 D. de leg. I° 30, l. 32 § 1 D. de fideic. lib. 40. 5. S. III § 635 Ziff. 3. — Die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht ist anerkannt in dem Erk. bei Seuff. Arch. XXVI. 19.

[1] Wenn man von einem „System" der einzelnen Forderungsrechte (des § 362.

I. Forderungsrechte aus Verträgen.

Uebersicht.

§ 363.

Die einzelnen Verträge unterscheiden sich durch die Verschiedenheit ihres Inhalts. Es ist aber weder ausführbar noch nöthig, von jedem

„speciellen Obligationenrechts") spricht, so wird man nicht vergessen dürfen, daß es sich hier nicht um die Aufweisung des Zusammenhangs von Begriffen, sondern um die Darstellung einer Reihe von thatsächlich vorhandenen rechtlichen Erscheinungen handelt. Diese Erscheinungen haben ihren Grund in den Bedürfnissen und Interessen des menschlichen Lebens, und daher wird auch bei ihrer Anordnung für die Darstellung den obersten Gesichtspunkt das Verhältniß bilden müssen, in welchem sie zu den Bedürfnissen und Interessen des menschlichen Lebens stehen. Hiernach ergibt sich die Eintheilung in Forderungsrechte aus Verträgen (Nr. I) und Forderungsrechte aus Vergehen (Nr. III) von selbst. (An die Stelle der Rubrik „Verträge" würde die Rubrik „Rechtsgeschäfte" zu setzen sein, wenn nicht die einseitigen Willenserklärungen, abgesehen von dem in das Erbrecht gehörenden Vermächtniß, für die Erzeugung von Forderungsrechten nach römischem Recht nur eine verschwindende Bedeutung hätten, so daß von ihnen ausreichend schon im allgemeinen Theil des Obligationenrechts gehandelt werden konnte [§ 304].) Man wird sich aber ferner auch der Betrachtung nicht verschließen dürfen, daß z. B. die Obligation aus ungerechtfertigtem Haben, abgesehen davon, daß sie nicht aus Vertrag entsteht, ganz dieselbe Natur hat, wie die Obligation aus dem Empfange eines Darlehns, die Obligation aus der freiwilligen Geschäftsführung dieselbe Natur, wie die Obligation aus der Uebernahme eines Auftrags; daß ferner z. B. die Verpflichtung auf Schadensersatz, welche aus der Nichtreparatur eines baufälligen Gebäudes entsteht, wenngleich Nichtreparatur eines Gebäudes nicht Delict ist, doch eine unverkennbare Verwandtschaft hat mit der Verpflichtung auf Schadensersatz z. B. aus Zwang und Betrug. Man wird sich daher dem Vorwurf, das natürlich Zusammengehörige auseinandergerissen zu haben, nicht entziehen können, wenn man die Darstellung der condictiones sine causa und der negotiorum gestio nicht mit den Vertragsobligationen, die Darstellung der Lehre vom damnum infectum nicht mit den Delictsobligationen in Zusammenhang bringt. Wie weit man in der Anerkennung einer solchen Verwandtschaft gehen will, darüber zu entscheiden, wird in letzter Linie Sache des Tactes sein müssen. Daß eine solche Verwandtschaft nicht in allen Fällen vorhanden ist, z. B. bei der Alimentationsverbindlichkeit, bei der Verbindlichkeit aus den gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen, liegt auf der Hand; hieraus rechtfertigt sich die hier gemachte vierte Abtheilung (Nr. IV). Auch darüber wird man dem individuellen Ermessen die Entscheidung überlassen müssen, ob die Obligationen aus vertrags- und delictsähnlichen Gründen neben ihre Vorbilder unter den Vertrags- und Delictsobligationen gestellt, oder ob aus ihnen besondere Rubriken gebildet werden sollen. Hier ist der erste Weg in Betreff der Obligationen aus delictsähnlichen Gründen, der zweite in Betreff der Obligationen aus vertragsähnlichen Gründen gewählt worden (Nr. II). Die fünfte hier gemachte Abtheilung (Nr. V) endlich bildet einen Gegensatz zu allen vorhergehenden Abtheilungen; sie handelt von der möglichen Hinüberwirkung der in einer Person begründeten Obligation auf eine andere Person. — Es braucht nicht erst bemerkt zu werden, daß die hier entwickelte Anordnung in ihren Grund-

möglichen Vertragsinhalt besonders zu handeln; die einzelnen Verträge sind in Betreff der für sie geltenden Rechtsregeln in erster Linie zu verweisen auf die allgemeinen Grundsätze über die Verträge und die Obligationen überhaupt. Von der andern Seite gibt es allerdings Verträge, von denen Besonderes zu sagen ist; diese sind hier darzustellen. Die Anordnung, welche dabei zu Grunde gelegt wird, ist folgende. Zuerst wird gehandelt von dem reinen Vertrag, dem Vertrag, welcher sich unabhängig von seinem Bestimmungsgrund gemacht hat. Sodann folgen: a) der Schenkungsvertrag — der Vertrag, welcher seinen Grund darin hat, daß Jemandem eine Vermögenszuwendung schlechthin gemacht werden soll; b) die Verträge auf Rückgabe — die Verträge, welche dadurch abgeschlossen werden, daß etwas mit der Auflage der Rückgabe hingegeben wird; c) die Verträge auf Umsatz, oder die Tauschverträge im weiteren Sinne, — die Verträge, durch welche der Umtausch eines Vermögenswerthes (Gutes), Sache oder Arbeit, gegen einen andern vermittelt werden soll. An sie schließt sich an d) der Gesellschaftsvertrag, welcher zwar ebenfalls auf gegenseitige Leistung gerichtet ist, aber in dem Sinne, daß jede Leistung allen Vertragschließenden zu Gute kommen soll. Sodann machen noch eine besondere Betrachtung nöthig: e) der Auftragsvertrag — der Vertrag, welcher zum Gegenstand eine Dienstleistung hat, die nicht als Tauschgegenstand verwerthet wird; f) die auf Beseitigung einer rechtlichen Ungewißheit gerichteten Verträge und endlich g) die Glücksverträge — die Verträge, in welchen die Gefahr eines Verlustes gegen die Möglichkeit eines Gewinnes übernommen wird[1].

---

zügen dieselbe ist, welche in den Justinianischen Institutionen befolgt ist (obligationes ex contractu, quasi ex contractu — ex maleficio, quasi ex maleficio [vgl. § 302 Note 1]). Die Anordnung in den heutigen Systemen ist eine sehr verschiedene, obgleich der Gegensatz zwischen Vertrags- und Dilictsobligationen den meisten zu Grunde liegt (verwischt ist er in dem System von Heise, welches als Eintheilungsgrund den Inhalt der Leistung durchführt). Vgl. den Aufsatz von v. d. Pfordten Abhandlungen Nr. 4 (welcher seinerseits innerhalb des Gegensatzes zwischen Verträgen und Delicten unterscheidet, ob die begründende Thatsache einseitig oder zweiseitig wirkt), ferner Sintenis II § 95 Anm. 1, Bruns in v. Holtzendorff's Encyclop. I § 70.

[1] Auch bei der Anordnung der einzelnen Verträge ist möglichst Rücksicht genommen worden auf die Stellung, welche sie im Leben einnehmen. Diesem Gesichtspunkt gegenüber ist selbst die Scheidung der Verträge in einseitige und zweiseitige (gegenseitige) nicht aufrecht erhalten worden. Es scheint mir z. B. auf der Hand zu liegen, daß der Schiedseidvertrag mit dem Vergleich zusammengehört, obgleich jener ein einseitiger und dieser ein gegenseitiger Vertrag ist. Vgl. Bruns a. a. O. § 71. § 363.

A. Der reine Vertrag.

§ 364.

Der reine Vertrag ist der Vertrag, welcher sich von seinem Bestimmungsgrund losgelöst hat (§ 318 Ziff. 2, § 319). In dem reinen Vertrag gibt der Versprechende die Erklärung schlechthin ab, daß er zu dieser oder jener Leistung verpflichtet sein wolle, und diese Erklärung wird als eine so gemachte von dem Empfänger des Versprechens angenommen. In Folge davon ist der Grund, welcher den Versprechenden zu dem Versprechen bestimmt hat, nicht maßgebend für den Inhalt der Leistung, auf welche durch das Versprechen eine Verbindlichkeit für ihn begründet worden ist; dieser Inhalt muß lediglich aus dem Wortlaut der schuldnerischen Erklärung entnommen werden[1], obgleich andererseits Auslegung dieser Erklärung, d. h. Darlegung des mit den gebrauchten Worten wirklich Gemeinten, nicht ausgeschlossen ist[2]. Ebensowenig ist der Bestimmungsgrund des Versprechens maßgebend für die Existenz der durch den Vertrag zu begründenden Verbindlichkeit; es kann nur bei Ermangelung des Bestimmungsgrundes, d. h. wenn die Vorstellung von demselben der Wirklichkeit nicht entspricht, das Versprechen nach den Grundsätzen der Lehre von der Voraussetzung (I § 97 fg.) angefochten werden. Daß eine bestimmte Form für die Gültigkeit des reinen Vertrages nicht erforderlich ist, und ebensowenig Namhaftmachung des Bestimmungsgrundes, ist bereits oben (§ 319 Note 2, § 318 Note 4) bemerkt worden, so wie daselbst auch schon der Zweifel zurückgewiesen worden ist, ob der reine Vertrag für das heutige Recht überhaupt als rechtsverbindlich anerkannt werden dürfe (§ 318 Note 3). Einen Anwendungsfall des reinen Vertrages bildet auch das Schuldbekenntniß, wenn dasselbe zum Zwecke der Begründung einer Verpflichtung abgegeben wird[3].

---

§ 364. [1] Aus dem reinen Vertrag wurde bei den Römern eine actio stricti iudicii (iuris) gegeben, d. h. der iudex wurde auf ein oportere schlechthin verwiesen, während bei den individuell charakterisirten Verträgen der Nothwendigkeit, den eigentlichen Inhalt der schuldnerischen Verpflichtung mit Rücksicht auf den Bestimmungsgrund des Vertrages festzustellen, dadurch Rechnung getragen wurde, daß dem iudex durch Verweisung auf ein oportere ex fide bona eine größere Freiheit des Ermessens eingeräumt wurde.

[2] Auslegungen von Stipulationen finden sich in unseren Quellen zahlreich. Vgl. z. B. l. 8 l. 41 pr. l. 81 pr. l. 64 l. 118 § 1 l. 122 § 4 l. 126 § 2 l. 135 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 4 pr. D. de usur. 22. 1. Vgl. auch Bähr Anerkennung S. 59—60 (63—64). S. auch III § 647 Note 4.

[3] Nicht zum Zwecke der Feststellung einer bestehenden Verpflichtung. Also wenn es abgegeben wird in Kenntniß davon, daß eine Verpflichtung nicht bestehe, oder daß die bezeugte verpflichtende Thatsache (z. B. Empfang eines Darlehns)

Unter allen Anwendungsfällen des reinen Vertrages aber würden für das heutige Recht die ohne allen Vergleich wichtigsten die Geschäfte auf Begründung einer Inhaberpapier- und Ordrepapierforderung sein, wenn die Vertragsnatur dieser Geschäfte[4] unzweifelhaft feststünde.

B. Schenkung*.

1. Begriff.

§ 365.

Schenkung im weiteren Sinne ist jede nicht testamentarische[1] Vermögenszuwendung[2], durch welche: a) das Vermögen des Empfängers vermehrt wird[3]; b) deren Bestimmungsgrund für den Zuwendenden

---

nicht wahr sei. Vgl. § 412a Note 2 a. E., § 412b Note 1. Auch § 354 Note 2. Bähr Anerkennung 2. Aufl. § 62a. Seuff. Arch. V. 127 (§ 370 Note 11), XIII. 17, XVI. 255, XVII. 236.

[4] S. § 304 Note 11.

* Inst. 2. 7 Dig. 39. 5 Cod. 8. 53 [54] de donationibus. — v. Meyerfeld die Lehre von den Schenkungen nach römischem Recht. 1. Band 1835, 2 Band 1. Abth. 1837. Savigny System IV § 142—176. Schilling Lehrbuch f. Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts III S. 741—977. Vangerow I § 121—125, Sintenis I § 23. II § 110, Böcking I § 106, Wächter II § 196, Unger II § 95—99, [Dernburg II § 106—108, Bekker II § 102—104]. Vgl. auch Unterholzner II S. 494 fg. Zur Geschichte der Schenkung: Ihering der Zweck im Rechte I S. 273 fg. (2. Aufl. S. 276 fg.).

[1] Im uneigentlichen Sinne wird auch das Vermächtniß eine Schenkung ge- § 365.
nannt. L. 36 D. de leg. II° 31, § 1 I. de leg. 2. 20.

[2] In uneigentlichem Sinne wird auch von einer Schenkung der Freiheit, der Civität gesprochen. Meyerfeld § 7 Note 1; Gai. I. 94, III. 20. Ebenso uneigentlich ist es, wenn in l. 14 D. de prec. 43. 26 das Precarium unter den Gesichtspunkt der Schenkung gestellt wird (vgl. auch l. 17 § 3 D. commod. 13. 6), da in dem Gewähren des Gebrauchs einer Sache, wenn nicht dadurch dem Empfänger eine Ausgabe erspart wird, die er sonst gemacht haben würde (Note 14), wenngleich eine Diensterweisung, doch keine Vermögenszuwendung liegt. Wie mit der Gewährung des Gebrauchs von Sachen, verhält es sich auch mit der Gewährung des Gebrauchs von Diensten oder mit der Leistung von Diensten, vorausgesetzt daß durch dieselben nicht Eigenthum verschafft (Specification) oder vorhandenes Eigenthum im Werth gesteigert wird (l. 31 pr. § 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1). Vgl. auch Voigt condictiones ob causam S. 426. 429. 430. Seuff. Arch. XXIII. 130.

[3] Eine Vermögenszuwendung enthält eine Vermehrung des Vermögens (Bereicherung) des Empfängers dann nicht, wenn sie mit einer entsprechenden Vermögensaufopferung für denselben verbunden ist. Von dieser Art ist das Leisten des Schuldners an den Gläubiger zum Zweck der Erfüllung seiner Verbindlichkeit (über den Fall der natürlichen Verbindlichkeit s. § 288 Note 8, § 289 Note 5. 10); das Leisten gegen entsprechende Gegenleistung oder mit Auferlegung einer solchen (ist die Gegenleistung nicht entsprechend, so liegt theilweise Schenkung vor, l. 38 D. de contr. emt. 18. 1, l. 5 § 5 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 [vgl. Bekker S. 201 Note u]); das Leisten mit Auferlegung der Rückgabe des

die Absicht ist, das Vermögen des Empfängers zu vermehren[4]; und die c) von dem Empfänger als eine in dieser Absicht gemachte ange-

---

Empfangenen an den Geber (z. B. Darlehn), oder der Weitergabe an einen Dritten (s. darüber l. 5 § 9 D. de I. D. 23. 3, l. 49 D. de don. i. v. e. u. 24 1, vgl. l. 34 eod.), oder einer sonstigen Wiederausscheidung aus dem Vermögen (z. B. Freilassung des geschenkten Sclaven, l. 18 § 1 D. h. t.); das Leisten unter der Bedingung der Wiederausscheidung aus dem Vermögen des Empfängers, so daß das Gegebene erst in und mit der Wiederausscheidung in das Vermögen des Empfängers eintreten soll (in dieser Weise wird aufrechterhalten die an und für sich ungültige Schenkung zum Zweck der Wiederausscheidung, l. 5 § 8—12 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 7 § 8. 9 l. 8 l. 9 pr. eod., l. 22 C. eod. 5. 16, Ulp. VII. 1, Paul. sentent. II. 23 § 2). In den zuletzt genannten Fällen kann aber eine Bereicherung für den Empfänger durch den Genuß der Zwischenzeit oder die Ersparung einer Ausgabe bewirkt werden. S. l. 18 § 1 D. h. t., l. 49 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 und Note 14. — Eine Bereicherung liegt ferner nicht darin, daß einem Gläubiger für das, was er zu fordern hat, Bürgschaft geleistet oder ein Pfand gegeben wird, selbst dann nicht, wenn der Schuldner insolvent ist (es würde ja auch keine Bereicherung des Gläubigers sein, wenn demselben für den insolventen Schuldner sogleich gezahlt würde). Ebensowenig liegt eine Bereicherung des Schuldners darin, daß der Gläubiger ihm das bestellte Pfand erläßt. L. 1 § 19 D. si quid in fraud. patr. 38. 5; l. 1 § 1 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 18 D. quae in fraud. cred. 42. 8, l. 11 C. ad SC. Vell. 4. 29. Vgl. Dernburg Pfandr. I S. 169—174, [Bekker II S. 179. B. c].

[4] Schenkung ist die Bereicherung um der Bereicherung willen. Dasjenige, was durch die Bereicherung erreicht werden soll, ist nicht etwas außer ihr Liegendes, sondern eben das Reicherwerden des Empfängers. In diesem Sinne enthält jede Schenkung eine „liberalitas“. L. 1 pr. D. h. t. „Dat aliquis . . propter nullam aliam causam . . quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat; haec proprie donatio appellatur“. S. auch l. 1 § 1 eod. Es ist aber mit dem Bestimmungsgrund der Bereicherung, welcher dieselbe zur Schenkung macht, nicht zu verwechseln der Bestimmungsgrund der Schenkung selbst, d. h. der Grund, aus welchem die Absicht gefaßt wird, einen Andern zu bereichern, um ihn zu bereichern. Dieser Grund kann möglicherweise Wohlwollen gegen den Empfänger sein; aber auch die Erwartung, daß dadurch ein egoistischer Zweck werde gefördert werden, oder Eitelkeit, oder die Macht der öffentlichen Meinung, oder widerrechtlicher Zwang, oder irgend ein anderer — für den Begriff der Schenkung ist das gleichgültig. Das Gesagte läßt sich auch so ausdrücken: die Schenkung ist eine Bereicherung, deren erste Absicht das Reicherwerden des Empfängers ist; auf die hinter dieser Absicht stehenden ferneren Absichten kommt es nicht an (I § 98). [Vgl. Entsch. des RG. XIV S. 193.] — Beispiele von Fällen, in denen zwar eine Bereicherung vorliegt, aber keine Schenkung, weil die erste Absicht der Bereicherung nicht auf das Reicherwerden des Empfängers gerichtet ist, sind folgende: Leistung condicionis implendae gratia (Absicht: Erwerb der ausgesetzten testamentarischen Zuwendung); vergleichsweiser Erlaß eines Theils der Forderung (Absicht: sich die Leistung des übrigen Theils zu sichern); Verkauf einer Sache unter ihrem Werth aus Unkenntniß oder aus Noth; Accord im Concurse [vgl. Bekker II S. 199]; Garantievertrag (vgl. Stammler Arch. f. civ. Pr. LXIX S. 51. 80. 99). [S. auch l. 19 § 6 D. h. t.] Seuff. Arch. XXIII. 129a, XXVI. 96. 129. Gehört auch das Geben einer Dos hierher? S. § 492 Note 4. — E. Zimmermann Beiträge zur Theorie der condictio indebiti (Gießen 1868) S. 32 fg. ist der Ansicht, daß Schenkung ausgeschlossen

nommen wird[5]. Im engeren Sinne[5a] ist Schenkung nur diejenige Vermögenszuwendung der bezeichneten Art, durch welche zugleich das Vermögen des Zuwendenden in entsprechender Weise vermindert wird[6].

---

sei auch in allen Fällen, wo Jemand in freiwilliger Anerkennung einer nicht (weder naturaliter noch civiliter) zu Recht bestehenden Verbindlichkeit leiste. Ich halte das für eine gefährliche und unbewiesene Lehre. Soll in solchen Fällen etwa auch den Gläubigern actio Pauliana gegen den redlichen Erwerber versagt sein? Eine Leistung dieser Art hat in der That zur ersten Absicht die Bereicherung des Empfängers, und die Absicht der Pflichterfüllung ist nur Motiv der Schenkung, wie sonst Wohlwollen oder Ruhmredigkeit oder dgl. Ueber l. 34 § 1 D. h. t. und l. 5 § 15 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 f. § 289 Note 4. 5, § 369 Note 11. — Die Quellen bezeichnen die zur Schenkung nöthige Absicht einfach als donandi animus. Vgl. Meyerfeld I S. 7. 8. Eine sehr ungenügende Begriffsbestimmung gibt l. 29 pr. D. h. t. (l. 82 D. de R. I. 50. 17): „Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur". Danach wäre z. B. auch das Geben eines Darlehns Schenkung.

[5] Die Schenkung ist also ein Vertrag. L. 19 § 2 D. h. t. „Non potest liberalitas nolenti adquiri". L. 18 pr. D. de R. C. 12. 1. „Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit, donationem non esse". A. M. Meyerfeld § 6, Savigny § 160, welche die Ansicht vertreten, daß die Schenkung Annahme von Seiten des Beschenkten nur insofern erfordere, als ohne Annahme die Vermögenszuwendung, durch welche die Schenkung vollzogen wird, nicht zu Stande kommen kann, also allerdings z. B. die Schenkung durch Eigenthumsübertragung (l. 10 D. h. t., l. 55 D. de O. et A. 44. 7), nicht aber z. B. die Schenkung durch Bezahlung einer fremden Schuld (l. 7 § 7 l. 50 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1 in Verbindung mit l. 23 D. de sol. 46. 3), durch Nichtunterbrechung einer Verjährung (l. 5 § 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1), durch absichtlich schlechte Führung eines Processes (l. 5 § 7 eod.); vgl. auch Schilling § 349 Nr. 3, H. Pernice (§ 367 Note 1) S. 16. 17. Seuff. Arch. II. 45. Gegen diese Ansicht haben sich ausgesprochen: Puchta Instit. II § 205. p, Böcking a. a. O. Note 12, Unger S. 195—197, Vangerow I § 121 Anm. Nr. III, Brinz 1. Aufl. S. 1546. Seuff. Arch. XXVI. 129. Ich halte für entscheidend nicht die citirte l. 19 § 2 D. h. t., die allenfalls von dem gewiß gewöhnlichsten Fall der Schenkung, der Schenkung durch Eigenthumsübertragung, verstanden werden kann, auch nicht l. 44 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, wo die entscheidenden Worte („et hoc et mulier noverit") auf eine Eigenthumsübertragung (nach I § 172 Note 22) hinweisen („interrumpetur possessio", im Gegensatz zu l. 5 § 6 eod., wo die Verjährung fortläuft, Savigny S. 576): wohl aber die citirte l. 18 pr. D. de R. C., deren Erklärung durch Savigny (S. 157 *vv.* Ein zweiter Irrthum), wie mir scheint, offensichtlich ungenügend ist. Dieser Stelle gegenüber müssen sich l. 5 § 6. 7 l. 7 § 7 l. 50. pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1 die Hineintragung gefallen lassen, daß die Annahme des Beschenkten in ihnen vorausgesetzt werde. Vgl. l. 46 pr. D. de I. D. 23. 3. [A. Pernice Zeitschr. d. Sav.-Stift. IX S. 215—217. Bekker II S. 182 fg.]

[5a] Das juristische Interesse des Begriffs der Schenkung im engeren Sinn liegt darin, daß nur auf die letztere sich die positiven Beschränkungen der Schenkung (§ 367) beziehen. Seuff. Arch. XXXIV. 206.

[6] Durch welche, wie der Empfänger „locupletior", so der Geber „pauperior" wird. L. 25 D. de don. i. v. e. u. 24. 1: — „nam ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit". L. 5 § 8. 16 D. eod. Schenkung im engeren Sinn ist

Die Vermögenszuwendung, durch welche die Schenkung vollzogen wird, kann in der verschiedensten Weise erfolgen; im Einzelnen: durch Verschaffung des Eigenthumsrechts[7], Verschaffung eines Rechts an fremder Sache[8], Verschaffung des Besitzes[9], Verschaffung eines Forderungsrechts[10], Befreiung von einer Eigenthumsbeschränkung[11], Be-

---

daher nicht die Ausschlagung oder sonstige Verhinderung eines Erwerbes, um den Gegenstand desselben einem Andern zuzuwenden oder nicht zu entziehen: l. 5 § 13. 14 l. 31 § 7 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Vgl. l. 1 § 6 D. si quid in fraud. patr. 38. 5, l. 6 pr. — § 5 D. quae in fraud. cred. 42. 8. Wie aber, wenn Jemand auf die Nutzung eines Vermögensstückes zu Gunsten eines Andern verzichtet: liegt auch darin keine Vermögensverminderung? Das Verhältniß ist hier doch ein anderes: das Vermögen ist dazu da, Ertrag zu gewähren, und gewährt ihn mit einer derartigen Sicherheit, daß auch der künftige Ertrag gleichsam schon jetzt Vermögensbestandtheil ist. So wird denn auch der Verzicht auf die Nutzung als Schenkung im engeren Sinne behandelt in l. 9 § 1 (auch wohl im pr.) D. h. t., l. 20 C. de I. D. 5. 12, l. 8 C. de don. i. v. e. u. 5. 16, l. 49 D. eod. 24. 1, l. 21 § 1 l. 54 D. eod.; abweichend freilich entscheiden in Betreff der Zinsen l. 23 pr. D. h. t. (vgl. übrigens auch Unger § 95 Note 17), l. 31 § 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. [Bekker II S. 181.] Eine andere Frage ist es, ob auch dasjenige, was der Beschenkte von dem geschenkten Gegenstand an Nutzungen zieht, als Schenkung angesehen werden soll; die Frage ist deßwegen eine andere, weil auf diese Nutzungen der Schenkungswille wenigstens nicht unmittelbar gerichtet war. Diese Frage wird denn auch verneint in l. 9 § 1 l. 11 D. h. t., l. 7 § 3 i. f. l. 15 § 1 l. 16 l. 17 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 9 § 1 eod., l. 62 D. sol. matr. 24. 3; nur für die fructus industriales wird sie verneint in l. 45 D. usur. 22. 1, bejaht für den Sclavenerwerb in l. 17 § 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (l. un. C. si dos 5. 19 handelt gar nicht von diesem Fall, sondern von der Schenkung der Nutzung als solcher). Vgl. Savigny S. 35 fg., Göppert organische Erzeugnisse S. 270 fg.

[7] Der häufigste und wichtigste Fall der Schenkung, weßwegen die Institutionen die Schenkung geradezu als Eigenthumserwerbart darstellen. (Verschaffung des Eigenthums durch Specification: l. 31 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1.)

[8] L. 17 D. comm. praed. 8. 4, l. 1 § 7 D. de superf. 43. 18, § 3 I. de loc. 3. 24.

[9] Daß auch in der Verschaffung des bloßen Besitzes eine Schenkung liegen könne, sagt l. 46 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. „Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est", d. h. der Ehegatte, welcher dem andern Ehegatten eine fremde Sache schenkt, kann den Besitz derselben zurückfordern (condicere, l. 6 eod., vgl. l. 1 § 4 D. de A. v. A. P. 41. 2). Auch in anderen Beziehungen wird der bloße Besitz als Vermögensvermehrung, und auf Grund davon als Gegenstand der Rückforderung behandelt, s. § 421 Note 7. Vgl. hierzu Brinz 1. Aufl. S. 654, Randa der Besitz nach österr. Recht § 3 Note 21. — Zu der cit. l. 46 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 stimmen l. 25 eod. und l. 3 D. pro donato 41. 6 insofern nicht, als in diesen Stellen die Schenkung einer fremden Sache als mögliche Grundlage der Ersitzung deswegen bezeichnet wird, weil eine solche Schenkung den Schenkenden nicht ärmer und den Empfänger nicht reicher mache, und daher zwischen Ehegatten gültig sei. S. darüber I § 178 Note 7.

[10] Gegen den Schenker oder gegen einen Dritten. Ueber den zweiten Fall

freiung von einer Schuld[12]. Auch dadurch kann eine Schenkung vollzogen werden, daß die Sache eines Andern werthvoller gemacht oder gegen eine Werthminderung geschützt wird[13]; ferner dadurch, daß ihm eine Ausgabe erspart wird[14]. Ob die Vermögensvermehrung unmittelbar hervorgebracht wird oder durch Inbewegungsetzung von Mittelgliedern ist gleichgültig[15]; von der letzteren Art ist im Besonderen der Fall, wo der Schenker dem zu Beschenkenden durch die Leistung eines Andern verschafft, was er ihm schenken will[16]. Ebenso

f. l. 2 pr. § 1. 2 l. 21 § 1 l. 33 § 3 D. h. t., l. 11 C. eod., l. 52 § 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1; l. 34 pr. D. h. t., l. 11 D. de dote prael. 33. 4; l. 35 § 2 D. h. t. (vgl. § 313 Note 3. 6); l. 33 i. f. D. de I. D. 23. 3, l. un. § 13 C. de rei ux. act. 5. 13; l. 2. 3. 33 C. h. t.

[11] L. 17 D. comm. praed. 8. 4.

[12] L. 17 D. h. t., l. 1 § 1 D. quib. mod. pign. 20. 6; l. 7 § 7 l. 50 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 21 pr. D. h. t., l. 5 § 5 D. de doli exc. 44. 4, l. 33 D. de nov. 46. 2; l. 31 § 1. 4 D. de m. c. don. 39. 6.

[13] L. 14 D. h. t., l. 2 i. f. C. de R. V. 3. 32; l. 31 § 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (erster Fall: in demselben ist Schenkung vorhanden, aber keine verbotene Schenkung zwischen Ehegatten, l. 28 § 2 eod.), l. 31 § 10 eod. (Note 14).

[14] L. 9 pr. D. h. t. „In aedibus alienis habitare gratis, donatio videtur. Id enim ipsum capere videtur qui habitat, quod mercedem pro habitatione non solvit". Seuff. Arch. XXIII. 130. — Eine strengere Auffassung wird jedoch in Betreff des Verbotes der Schenkung zwischen Ehegatten durchgeführt, l. 5 § 8 D. de don. i. v. e. u. 24. 1: — „nec movit quemquam, quod emeret, nisi a marito accepisset; nam etsi pauperior ea fieret, nisi maritus dedisset, non tamen idcirco fit locupletior, quod non expendit", vgl. auch l. 5 § 17 eod. Bei der Bestimmtheit, mit welcher l. 5 § 8 cit. redet, darf aus l. 50 § 1 eod. *vv.* quod aliter emturus non fuit ein argumentum a contrario nicht gezogen werden. In Widerspruch steht auch nicht l. 31 § 10 D. eod., welche Stelle es für eine verbotene Schenkung erklärt, wenn der Mann die Ernährung der Sclaven der Frau aus seinem Vermögen besorgt. Die Bereicherung der Frau besteht hier nicht in der ihr ersparten Ausgabe, sondern darin, daß sie gegen den Verlust der Sclaven geschützt wird. — Savigny (§ 151. g) will die Ersparung einer Ausgabe überhaupt nur dann als Schenkung anerkennen, wenn die Ausgabe eine nothwendige sei. Er beruft sich auf l. 47 § 1 D. de sol. 46. 3, welche Stelle aber von nothwendigen Ausgaben nur in dem Sinne spricht, daß es bei ihnen sicher ist, daß sie ohne die Dazwischenkunft des Dritten aus eigenem Vermögen gemacht worden sein würden.

[15] Beispiele mittelbarer Hervorbringung der Vermögensvermehrung: Gewährung der Befugniß, die Früchte einer Sache oder die Zinsen eines Kapitals für sich zu ziehen (l. 9 § 1 l. 6 D. h. t., l. 9 pr. eod.); absichtliche Führung eines Processes in der Weise, daß ein ungünstiges Urtheil erfolgen muß (l. 5 § 7 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 1 § 7 D. si quid in fraud. patr. 38. 5); Nichtunterbrechung einer Verjährung (l. 5 § 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, vgl. l. 3 § 1 D. quae in fraud. cred. 42. 8; über l. 44 D. de don. i. v. e. u. s. oben Note 5 und Savigny Zeitschr. für gesch. RW. I S. 270 fg. und System IV S. 570 fg., Bacher Arch. f. civ. Pr. XLVI S. 184 fg.; vgl. übrigens auch im Allgemeinen Savigny System IV Beil. IX).

[16] L. 34 § 7 D. de sol. 46. 3, l. 19 § 3 D. h. t., l. 21 § 1 D. eod., l. 2 § 2 l. 33 § 3 eod. Vgl. § 412 Note 9.

ist es gleichgültig, ob die Vermögensvermehrung unmittelbar in der Person des Beschenkten hervorgebracht wird, oder in der Person eines Dritten[17].

Ueber die Gründe, welche die hier angenommene Stellung der Schenkung im Systeme rechtfertigen, s. die Note [18].

---

[17] L. 9 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 15 § 2 D. de contr. emt. 18. 1, l. 21 pr. l. 2 § 2 l. 33 § 3 D. h. t. Vgl. § 412 Note 9.

[18] Die Institutionen stellen, wie bemerkt (Note 7), die Schenkung in die Lehre vom Eigenthumserwerb. Dieß ist gewiß unrichtig, da die Schenkung, auch abgesehen davon, daß sie nicht bloß durch Eigenthumsübertragung vollzogen werden kann, eben nur durch Eigenthumsübertragung *vollzogen* werden kann, nicht aber Eigenthumserwerbart ist. Nach der jetzt herrschenden Meinung soll die Schenkung in den allgemeinen Theil des Systems (in die allgemeine Lehre von den Rechtsgeschäften) gehören. Diese Ansicht ist zuerst von *Puchta* (System des gemeinen Civilrechts [1832] § 35) aufgestellt und durch *Savigny* a. a. O. S. 2 fg. zur fast allgemeinen Anerkennung gebracht worden; ihr folgen *Sintenis* I S. 199 Note 1, *Vangerow* I § 121 Anm. a. E., *Arndts* § 80 Anm. 5, *Keller* S. 123, *Brinz* 1. Aufl. § 350, *Unger* S. 200, und als richtig erkennt sie auch *Schilling* S. 782 an. Trotz dieser Autoritäten kann ich mich von ihrer Richtigkeit nicht überzeugen. Sie stützt sich darauf, daß die Schenkung nicht „ein einzelnes Rechtsgeschäft" sei, sondern ein „allgemeiner Charakter, welchen die verschiedensten Rechtsgeschäfte annehmen können" (*Savigny* S. 3). Ich möchte zunächst fragen, ob man, wenn man nicht für die Lehre von der Dos einen auch meiner Ansicht nach durchaus passenden Platz im Familienrechte hätte, sie ebenfalls in den allgemeinen Theil zu stellen geneigt sein würde? Und doch gilt für die Bestellung einer Dos ganz das Gleiche, wie für die Schenkung; auch sie kann durch Acte der verschiedensten Art vollzogen werden. Aber man nehme auch nur den Kauf; kann man nicht verkaufen, so gut wie eine Sache, auch eine Dienstbarkeit, eine Forderung, eine Liberation? Man sage nicht, daß der Verkauf das Versprechen einer Vermögensleistung sei, nicht eine Vermögensleistung. Der Verkauf ist an und für sich nicht das Eine und nicht das Andere. Der Verkauf ist die Erklärung, daß man — gegen ein Aequivalent in Geld — ein Stück aus seinem Vermögen ausscheide und in das Vermögen des Käufers hineinsetze. Genügt diese Erklärung zur Bewirkung der gewollten Vermögensversetzung, so ist der Kauf wirkliche Vermögensleistung; genügt sie nicht, so begründet der Kauf die Verpflichtung, zu der abgegebenen Erklärung zu stehen und dasjenige hinzuzuthun, was zur Realisirung der in ihr bezeichneten Vermögensversetzung erforderlich ist (also z. B. wenn eine körperliche Sache verkauft worden ist, Tradition). Und nicht anders verhält es sich mit der Schenkung. Auch die Schenkung enthält die Erklärung einer Vermögensversetzung, nur nicht einer Vermögensversetzung gegen eine Gegenleistung, und die Schenkung ist wirkliche Bewirkung der Vermögensversetzung oder Sichanheischigmachen zur Bewirkung derselben unter den nämlichen Voraussetzungen, unter welchen der Kauf es ist. Die Schenkung ist gerade so sehr und gerade so wenig „ein allgemeiner Charakter" von Rechtsgeschäften, wie der Kauf es ist; d. h. sie ist es *nicht*, wie der Kauf es nicht ist, sie ist ein „concretes", ein „einzelnes" Rechtsgeschäft, wie dieser. Indem man die Schenkung einen allgemeinen Charakter nennt, welchen „die verschiedensten Rechtsgeschäfte" annehmen können, kehrt man, wie mir scheint, das wahre Verhältniß geradezu um. Diese verschiedensten „Rechtsgeschäfte" sind nichts real Existirendes; es wird nie eine Eigenthumsübertragung, eine Forderungsbegründung, eine Liberation

2. Verbindlichkeiten.

§ 366.

Die Schenkung erzeugt eine Verbindlichkeit nicht in jedem Fall. Sie erzeugt eine Verbindlichkeit: 1) dann, wenn die Absicht der Schenkung lediglich auf die Erzeugung einer Verbindlichkeit gerichtet ist, wenn der Schenker dadurch schenken will, daß er sich zum Schuldner macht. 2) Jede andere Schenkung erzeugt eine Verbindlichkeit dann, wenn die rechtliche Wirkung, welche durch die Schenkungserklärung nach Inhalt derselben hervorgebracht werden soll, nicht sofort auch durch dieselbe hervorgebracht ist; sie erzeugt in diesem Falle die Verbindlichkeit, dasjenige, was zur Hervorbringung der gewollten recht-

---

als solche gemacht; in der Wirklichkeit gibt es nur Eigenthumsübertragungen ꝛc. aus diesem oder jenem Bestimmungsgrund, mit diesem oder jenem „Charakter". Der „Charakter" ist es, welcher den Act aus der Abstraction in die Realität hinüber zieht, und einer dieser möglichen Realität schaffenden „Charaktere" ist die Schenkung. Vgl. hierzu auch v. Salpius Novation und Delegation S. 215 fg., Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 389 fg., Brinz 1. Aufl. S. 1542, Hofmann die Lehre vom titulus und modus adquirendi etc. S. 81 fg., Lotmar über causa im römischen Recht § 21 fg. 45 fg., Karlowa Rechtsgeschäft S. 175, v. Bothmer Arch. für civ. Pr. LXI S. 368. — Aus diesen Gründen bin ich zu derjenigen Stellung der Schenkung im System zurückgekehrt, welche vor Puchta und Savigny die gewöhnliche war, und stelle sie unter dem Gesichtspunkt eines Obligationen erzeugenden Rechtsgeschäfts dar. Man darf dabei nur nicht vergessen, was soeben hervorgehoben wurde, daß die Schenkung nicht bloß dann eine Verbindlichkeit zu erzeugen im Stande ist, wenn sie äußerlich als Versprechen auftritt. Auch jede andere Schenkung erzeugt möglicherweise eine Verbindlichkeit — sobald nämlich der Effect der Schenkungserklärung dem Inhalt der Erklärung nicht entspricht. Möglicherweise, wenn ein solches Entsprechen vorliegt, erzeugt sie eine Verbindlichkeit nicht; aber möglicherweise, in demselben Fall, erzeugt auch der Kauf eine Verbindlichkeit nicht. Nun kommt allerdings hinzu, daß dasjenige, was von der Schenkung abgesehen von der durch sie erzeugten Verbindlichkeit rechtlich auszusagen ist, an Umfang und Wichtigkeit das über die Schenkungsverbindlichkeit zu Sagende übertrifft; aber diese Inconcinnität ist eben nicht zu vermeiden. Würde man, wenn es in Betreff des Darlehns außer dem SC. Macedonianum noch drei oder vier andere beschränkende Vorschriften gäbe, die Lehre vom Darlehn deßwegen weniger in das Obligationenrecht stellen wollen? Die vollkommen richtige Stellung der Schenkung wäre in einem Rechtstheile, welcher die concreten Thatsachen, auf denen die Vermögensbewegung beruht, als solche, abgesehen davon, ob sie eine Verbindlichkeit erzeugen oder nicht, darstellte. Einen solchen Rechtstheil zu bilden, schlägt Meyerfeld S. 89—92 vor. Ich halte diesen Vorschlag deßwegen nicht für zweckmäßig, weil in diesem Rechtstheil doch in weit überwiegendem Maße nur von Obligationen die Rede sein würde. Vgl. auch Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 103 fg., Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 393 fg., Hofmann a. a. O. S. 89. 90. — Vgl. auch noch § 413 Note 13. — [Gegen das in dieser Note Gesagte Bekker II S. 176 fg. Seine Ausführungen haben mich nicht bestimmen können, (abgesehen von einer kleinen Verbesserung des Ausdrucks) etwas zu ändern. Bekker stellt auch die Anerkennung und den Vergleich in den allgemeinen Theil (§ 109 Note c).]

lichen Wirkung nöthig ist, hinzuzuthun, namentlich also erzeugt die Schenkung von körperlichen Sachen die Verbindlichkeit zur Tradition[1].

Die Verbindlichkeit aus der Schenkung hat folgende Eigenthümlichkeiten.

1. Der Schenker haftet nur wegen Arglist und wegen der der Arglist gleichstehenden Nachlässigkeit[2].

2. Den von der Sache gezogenen Gewinn braucht er nicht mit herauszugeben[3]; für denjenigen, welchen der Beschenkte hätte ziehen können, haftet er nicht einmal im Falle des Verzuges[4].

3. Er hat die Rechtswohlthat des Nothbedarfs, und zwar in der Weise, daß er dabei seine übrigen Schulden in Abzug bringen kann[5].

4.[6] Er haftet nicht, wenn die geschenkte Sache sich als fremde ausweist, und nicht einmal im Fall der Entwehrung (Eviction)[7]. Dabei

---

§ 366. [1] Vgl. § 365 Note 18. Gerade diesen Fall hatte Justinian im Auge, als er in l. 35 § 5 C. h. t. vorschrieb, daß die Schenkung auch ohne Stipulation rechtsbeständig sein solle. S. auch § 2 I. h. t., Nov. 162 c. 1. — v. Bothmer Arch. für civ. Pr. LXI S. 335 legt auch in dem Falle, wo durch die Schenkungserklärung die gewollte rechtliche Wirkung sofort hervorgebracht ist, die Schenkungserklärung in eine Erklärung des Willens, daß geschenkt sein solle, und in eine Schenkungsvollzugshandlung auseinander. Auch da, „wo eine der Vollziehung vorhergehende Acceptation der Schenkerklärung nicht vorliegt", sei doch die Handlung, durch welche die Schenkung vollzogen werde, „Erfüllung" der Erklärung des Schenkungswillens (nicht Erfüllung einer durch die Schenkungserklärung erzeugten Verpflichtung, aber immerhin Erfüllung). Ich halte das für keine gesunde Auffassung. Die Erkärung des Schenkungswillens geht in den hier fraglichen Fällen der Schenkungsvollzugshandlung weder zeitlich vorher, noch begrifflich. Es wird z. B. Eigenthum übertragen nicht, weil geschenkt worden ist, sondern um zu schenken. Mit demselben Recht, mit welchem v. Bothmer hier in der Schenkungsvollzugshandlung eine Erfüllung der Schenkungserklärung sieht, könnte man sagen, daß in der Zahlung Eigenthum übertragen werde zum Zweck der Erfüllung der Zahlungserklärung. v. Bothmer benutzt seine Auffassung für die Construction des Rechtsverhältnisses bei dem Widerruf der Schenkung: s. darüber § 367 Note 17.

[2] S. § 265, namentlich Note 12.

[3] S. § 327 Note 6.

[4] L. 22 D. h. t. (vgl. § 280 Note 9). Seuff. Arch. I. 55, V. 19. 284. Proceßzinsen sind keine Verzugszinsen, und daher zahlt sie auch der Schenker. Seuff. Arch. XVII. 220, XXIX. 131.

[5] S. § 267 Note 10, § 268 Note 2.

[6] Vgl. zum Folgenden, worüber die Meinungen sehr auseinandergehen, Thibaut civil. Abhandlungen Nr. 4, Glück XX S. 237 fg., Vangerow III § 610 Anm. 2, Bekker Jahrb. d. gem. R. VI S. 245 fg., Hartmann die Obligation S. 199 fg.

[7] Der Schenker schenkt das Geschenkte, wie er es hat. L. 18 § 3 D. h. t., l. 2 C. de evict. 8. 44 [45] (vgl. Paul. sentent. V. 11 § 5), s. auch l. 48 D. de R. V. 6. 1, l. 131 § 1 D. de V. O. 45. 1. Schenkt er wissentlich eine fremde Sache als eigene, so haftet er aus seiner Arglist auf Schadensersatz. L. 18

wird jedoch vorausgesetzt: a) daß die geschenkte Sache nicht als fremde, und b) daß nicht eine generisch bestimmte Sache geschenkt worden sei. In dem einen und dem anderen Fall liegt in der Schenkung die Uebernahme der Verpflichtung zur Verschaffung des Eigenthums an der Sache[8].

5. Der Schenker haftet nicht wegen Fehlerhaftigkeit der geschenkten Sache[9]. Doch gilt bei der Schenkung generisch bestimmter Sachen der Satz, daß nicht das Schlechteste aus der Gattung gegeben werden darf[10].

6. Nach der Reichsconcursordnung[11] kann die Schenkungsforderung im Concurse nicht geltend gemacht werden.

3. Besondere Vorschriften für die Schenkung.

§ 367.

Für die Schenkung im engeren Sinne gelten eine Reihe besonderer Vorschriften*.

---

§ 3 cit. — Ebensowenig haftet der Schenker, wenn ein anfängliches factisches Hinderniß der Erfüllung der Schenkung entgegensteht. Hartmann a. a. O. S. 208.

[8] Der Schenker muß in beiden Fällen: a) den Beschenkten zum Eigenthümer machen. Die beschränkte Verpflichtung des Verkäufers, welcher nur wegen Entwehrung haftet (§ 389 Note 3. 5), auf den Schenker zu übertragen, ist kein Grund vorhanden. b) Er muß aber den Beschenkten nicht bloß überhaupt zum Eigenthümer machen, sondern er muß ihm auch gemäß der Regel unbeschränktes und unwiderrufliches Eigenthum verschaffen, ein solches Eigenthum, welches ihm das habere licere gewährt. S. § 342 Note 4a—6. — Die jetzt vorherrschende Meinung nimmt Verhaftung wegen Eviction an bei der donatio generis, nicht bei der donatio speciei. Bekker a. a. O. dagegen ist zu der Meinung der Glosse zurückgekehrt, wonach unterschieden werden soll zwischen Schenken durch Geben (Tradition) und Schenkungsversprechen; aus dem letzteren werde wegen Eviction gehaftet, nicht aus dem ersteren. Jedoch gibt Bekker zu, daß auch das Schenkungsversprechen möglicherweise nur auf das dem Schenker an der geschenkten Sache zustehende Maß von Recht gerichtet sein könne, ja daß das Gegentheil in jedem einzelnen Fall besonders gerechtfertigt werden müsse; und was die Schenkung durch Geben angeht, so liegt auch in dieser, wie in jeder Schenkung, die Uebernahme einer Verbindlichkeit (§ 365 Note 18), so daß es also auch bei ihr lediglich auf die Willensmeinung des Schenkers ankommt. [Bekker Pand. II S. 196 fg.] — Bei der donatio generis fragt sich aber ferner, worauf der Schenker im Falle der Eviction bez. der mangelnden Eigenthumsverschaffung hafte, ob auf Geben einer anderen Sache oder auf Leistung des Interesse, welches der Beschenkte an dem Behalten der hingegebenen Sache hat? Für das Erstere Glück und Vangerow a. a. OO.; für das Letztere Bekker. Nach dem § 342 Note 6a Gesagten haftet der Schenker nach Wahl des Beschenkten auf das Eine oder das Andere. — [Dernburg II § 107 Note 5: der Schenker hafte auch bei der donatio generis nur wegen dolus und lata culpa.]

[9] L. 62 D. de aed. ed. 21. 1. Das gilt auch von dem Fall der Schenkung einer fremden Sache als fremden; der Schenker hat sie versprochen, wie sie ist (vgl. l. 45 § 2 D. de leg. I° 30).

1. Die Schenkung zwischen Ehegatten ist ungültig. Davon näher im Familienrechte (§ 509).

2. [1] Schenkungen im Werth von mehr als 500 Ducaten[2] bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Erklärung zu gerichtlichem Protokoll (Insinuation)[3]. Bei der Berechnung des Werthes werden die von dem Schenkungsgegenstand gezogenen Nutzungen nicht mitgerechnet[4]. Eben=

---

[10] L. 35 pr. § 1. 2 C. h. t. Vgl. l. 110 l. 37 pr. D. de leg. I° 30 und Schliemann Haftung des Cedenten S. 37 fg.

[11] KO. § 56 Ziff. 4.

* Vgl. zum Folgenden noch das Reichsgesetz vom 31. März 1873 § 15 (Reichsbeamte dürfen Geschenke von anderen Regenten oder Regierungen oder in Bezug auf ihr Amt nur mit Genehmigung des Kaisers annehmen).

§ 367. [1] Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 1 fg. (1828). J. Bremer Jahrb. f. Dogm. XIII S. 89 fg. 165 fg. (1874). H. Pernice (der Jüngere) Zur Lehre von der Insinuation der Schenkungen. Greifswalder Inaug.=Diss. 1882. Savigny S. 209 fg., Schilling S. 908 fg.

[2] Die römische Vorschrift nennt 500 solidi. Ueber den Werth des solidus s. Friedländer und Pinder Zeitschr. f. gesch. RW. XII S. 9, Mommsen Geschichte des röm. Münzwesens S. 900. Die Substituirung des Ducaten beruht auf der Praxis. Und zwar sind unter Ducaten Reichsducaten ($67^{67}/_{71}$ auf die feine Mark Goldes) zu verstehen, deren Werth durch die Praxis und reichsgesetzlich auf 4 fl. im 18=Guldenfuß (nicht wie Savigny S. 210 und nach ihm das Rostocker Erkenntniß bei Buchka und Budde Entscheidungen IV S. 74 und das Oldenburger bei Seuff. Arch. XVIII. 39 annehmen, im 20 Guldenfuß) bestimmt ist. Hiernach sind 500 solidi = $1555^5/_9$ Thaler im 14=Thalerfuß oder $2722^2/_9$ Gulden im $24^1/_2$=Guldenfuß (= $4666^2/_3$ Mark). Francke Arch. f. civ. Pr. XLVII S. 337 fg. Seuff. Arch. XXVII. 229, XXXIV. 119. Entscheid. des RG. I S. 313 (Seuff. Arch. XXXVI. 37), vgl. V S. 146. Anders Seuff. Arch. XXXI. 137 (Curswerth der Ducaten zur Zeit der Schenkung). Widersprechend auch, ohne die Gründe Francke's zu würdigen, Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 187.

[3] Die Erklärung kann vor jedem Richter geschehen, l. 30 C. h. t., Nov. 127 c. 2 (die hier und in l. 32 C. h. t. für die Hauptstadt gemachte Ausnahme, wonach nur der magister census conpetent sein soll, ist natürlich heutzutage unanwendbar). Marezoll S. 9, Savigny S. 217. Vgl. hierüber und über die Insinuation überhaupt die gründliche Ausführung bei Buchka und Budde a. a. O. (Note 2) S. 74—86. Seuff. Arch. XXVI. 28, XXVII. 228. Entsch. d. RG. V S. 131, VI S. 181 (Seuff. Arch. XXXVII. 309). Dazu Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 180 fg. [Entscheid. d. RG. XVIII S. 182 S. 251 (= Seuff. Arch. XLIII. 20), XXII S. 191.] — Das Erforderniß der Insinuation galt ursprünglich (seit Constantinus Chlorus, l. 1 C. Th. de spons. 3. 5) für alle Schenkungen; später ist es beschränkt worden (l. 8 C. Th. tit. cit., l. 34 pr. § 1 C. h. t.), zuletzt von Justinian auf Schenkungen über 500 solidi (l. 36 § 3 C. h. t., § 2 I. h. t.). — Die in den Pandekten enthaltenen Stellen, welche von dem Maße der Schenkungen reden, bezogen sich in ihrem ursprünglichen Sinn auf die lex Cincia, welche später außer Gebrauch gekommen ist. Vgl. über dieselbe und über das Recht der Zwischenzeit Savigny S. 194 fg. und die daselbst und bei Vangerow § 122 Anm. 1 Citirten, Karlowa Legisactionenproceß S. 347—353. S. auch Note 7.

[4] L. 9 § 1 l. 11 D. h. t. Vgl. § 365 Note 6.

sowenig werden mehrere zu verschiedenen Zeiten gemachte Schenkungen zusammengerechnet[5]. Sind terminliche Leistungen geschenkt, so ist gerichtliche Vollziehung erforderlich, wenn die Leistungen auf die Erben beider Parteien übergehen sollen, nicht erforderlich, wenn die Schenkung auch nur von einer Seite auf die Lebensdauer beschränkt ist[6];

[5] L. 34 § 3 C. h. t. Ebensowenig mehrere an verschiedene Personen, wenn auch zu gleicher Zeit, gemachte Schenkungen. Anders, wenn an mehrere Personen Eine Schenkung gemacht wird, d. h. wenn Mehreren Etwas geschenkt wird, was der Schenker als Ungetheiltes hat. Vgl. über diese Frage Marezoll S. 17 Note 3, Bremer S. 110 fg., Pernice S. 37 fg. Seuff. Arch. I. 342, VIII. 131. 133, XXXII. 320, XXXVIII. 23.

[6] L. 34 § 4 C. h. t. Was die Worte „vel adiciatur tempus vitae vel donatoris vel eius qui donationem accepit", anlangt, so wird von allen Versuchen, welche gemacht worden sind, um denselben einen erträglichen Sinn abzugewinnen, keiner auf allgemeine Anerkennung rechnen dürfen. Am empfehlenswerthesten erscheint mir immer noch die unter den Neueren namentlich von Schilling (§ 360 Note p) vertheidigte, durch das Zeugniß des Scholiasten zu den Basiliken unterstützte Annahme, daß hinter dem ersten „vel" ein „non" ausgefallen sei; der Sinn der Worte wäre danach der, daß Insinuation nicht nur dann erforderlich sei, wenn die Schenkung ausdrücklich, sondern auch dann, wenn sie stillschweigend, durch Nichtbeschränkung auf die Lebenszeit der Parteien, auf die Erben erstreckt worden sei. Die viel bedeutendere Emendation Savigny's (S. 214), welcher hinter „vitae" das Wort „heredum" einschiebt, so daß der Sinn sein würde: Insinuation sei nicht nur erforderlich, wenn die Schenkung auf die Erben schlechthin, sondern auch dann, wenn sie bloß auf die ersten Erben der Parteien erstreckt sei, erscheint durch die Eine Handschrift, auf welche sich Savigny beruft, nicht gehörig gerechtfertigt — mit Sintenis aber (I § 23 Note 48) hinter „vitae" das Wort „heredum" nicht sowohl einzuschieben, als aus dem vorhergehenden zu ergänzen, ist äußerst gewaltsam. Briegleb (Arch. f. civ. Pr. XXXVIII S. 142 fg.) will das Wort „vitae" als Dativ gefaßt wissen, und bringt dadurch den Sinn heraus, daß Insinuation auch dann erforderlich sei, wenn die Schenkung von der einen Seite auf die Erben, von der anderen Seite nur über die Lebenszeit der Partei hinaus, gleichgültig auf wie lange, erstreckt worden sei — und mit dieser Erklärung stimmt überein Arndts § 81 Anm. 4, [Dernburg II § 108 Note 8] und im Wesentlichen Vangerow I § 122 Anm. 2. Mir erscheint das Resultat unerträglich, daß Justinian Insinuation für einen Fall vorgeschrieben haben sollte, in welchem die Schenkung möglicherweise mit zwei Leistungen, ja mit Einer Leistung (wenn die Leistung nicht im Voraus gemacht werden soll) zu Ende gehen kann; darf man in diesem Fall sagen, daß die Schenkung „quasi perpetuata" sei, und daß ihre „continuatio" sie zu einer großen Schenkung mache? Auch Bremer a. a. O. S. 163 fg. faßt „vitae" als Dativ, aber in dem Sinn, daß dadurch „der Uebergang auf die Erben sich von selbst ergibt". Eine fernere Meinung, nach welcher die fraglichen Worte auf den Fall gehen sollen, wo die Schenkung auf eine bestimmte Zeit gemacht worden sei, und nach welcher für diesen Fall Zusammenrechnung der einzelnen Leistungen vorgeschrieben sein soll, steht mit den Worten der Stelle zu sehr in Widerspruch, um ernstlich in Betracht kommen zu können. Neuestens will Zoll Jahrb. f. Dom. XIV S. 374 fg. unter Betonung des Wortes personarum das „vel vel" im Sinne von et et fassen, so daß Insinuation nur dann nicht erforderlich sein soll, wenn die Schenkung auf die Lebenszeit beider Contrahenten

ist die Schenkung auf eine bestimmte Zeit gemacht, so werden die einzelnen Leistungen zusammengerechnet[6a]. — Nichtbeachtung der gerichtlichen Vollziehung, wo sie erforderlich ist, macht die Schenkung für den Mehrbetrag ungültig, und zwar regelmäßig nichtig[7]; unter Umständen aber tritt die durch die Schenkung gewollte Vermögensveränderung wirklich ein, und der Beschenkte ist nur zur Rückgabe der ihm dadurch zugegegangenen Bereicherung verpflichtet[8]. Hat der Be-

---

beschränkt ist. Ebenso Pernice S. 47 fg. [Engler Bl. f. RAnw. LII S. 337 fg.] Das oben gegen Brieglebb Bemerkte spricht auch gegen diese Auslegung. [Bekker II S. 193 unt.] Aus der Praxis: Seuff. Arch. XI. 241 (S. 372), XVIII. 40, XXXVIII. 312 (Entsch. d. RG. VIII S. 144). — Anwendbarkeit der Vorschrift der l. 34 § 4 cit. auf das Erbzinsrecht? Verneint bei Seuff. Arch. VIII. 285 (es soll die jährliche Leistung capitalisirt werden); bejaht das. XI. 241.

[6a] Dieser Fall, als sich von selbst erledigend, ist in der l. 34 § 4 cit. nicht erwähnt. Vgl. übrigens die vorige Note gegen das Ende.

[7] L. 34 pr. C. h. t. Ist daher eine Sache im Werth von mehr als 500 Ducaten geschenkt worden, so werden der Schenker und der Beschenkte Miteigenthümer. Nähere Regeln über die Behandlung dieses Falles in l. 34 § 2 C. h. t. Seuff. Arch. XXXI. 138. — Die lex Cincia erklärte Schenkungen über ein gewisses Maß hinaus zwar für unerlaubt, aber nicht für nichtig (Ulp. § 1). Daraus entwickelte die Jurisprudenz die Theorie, daß die von dem Schenker gewollte rechtliche Wirkung wirklich eintrete, der Beschenkte sie aber weder durch actio noch durch exceptio geltend machen könne (gegen die actio wurde dem Schenker nöthigenfalls exceptio, gegen die exceptio replicatio legis Cinciae gegeben). Doch ist dieses Letztere nur Vermuthung; über den wirklichen Inhalt der lex Cincia sind sehr verschiedene Meinungen aufgestellt worden (über die Literatur s. Note 3 a. E.).

[8] Dieß ist der Fall: a) wenn die durch die Schenkung gewollte Vermögensveränderung in der Herbeiführung einer Thatsache besteht, z. B. in der Verschaffung des Besitzes, Pernice S. 74 fg. (vgl. übrigens auch Esmarch vacuae possessionis traditio S. 63 fg.); b) wenn die durch die Schenkung gewollte Rechtsveränderung nicht durch den Schenkungswillen unmittelbar, sondern z. B. durch Ablauf einer Verjährungszeit, richterliches Urtheil, hervorgerufen worden ist (arg. l. 5 § 6. 7 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, Savigny IV S. 564. 584. 586); c) wenn die Schenkung durch Leistung eines Andern oder durch Leistung an einen Anderen vollzogen worden ist. Jedoch tritt, wenn im ersten der hier unter c erwähnten Fälle die Schenkung durch Delegation eines Schuldners des Schenkers vollzogen worden ist, keine Befreiung desselben gegenüber dem Schenker und keine Verpflichtung gegenüber dem Beschenkten ein; im zweiten Fall (Schenkung durch Leistung an einen Anderen als den Beschenkten) kann sich der Schenker dann allerdings auch dem Dritten gegenüber auf die unterlassene Insinuation berufen, wenn der Dritte sonst etwas erhalten würde, worauf er dem zu Beschenkenden gegenüber keinen Anspruch hat (z. B. dieser will seinerseits dem Dritten schenken, oder er hält ihn irrthümlicherweise für seinen Gläubiger). Die zu c aufgestellten Sätze gehen hervor aus l. 21 § 1 D. h. t. und l. 5 § 5 D. de doli exc. 44. 4 in Verbindung mit l. 7 pr. § 1 eod., l. 2 § 3. 4 D. h. t. (§ 355 Note 9). A. M. Savigny (IV S. 599. 600), welcher die Anwendbarkeit der genannten Stellen, als ursprünglich nur von der lex Cincia und nur von der exceptio handelnd und nur aus Versehen aufgenommen, bestreitet, und

schenkte das Geschenkte nicht mehr, so ist er nicht zum Ersatz, sondern nur zur Herausgabe Dessen verpflichtet, worum durch das Verlorene indirect sein Vermögen noch jetzt vermehrt ist[9]. — Ausnahmsweise ist gerichtliche Vollziehung nicht erforderlich[10]: bei Schenkungen des Landesherrn und an denselben[11], bei Schenkungen zum Wiederaufbau eines zerstörten Gebäudes[12] und zum Loskauf von Gefangenen[13], endlich bei der Schenkung, welche in der Bestellung einer Dos für die Frau liegt[14], sowie bei einer derselben gemachten Eheschenkung[14a].[14b]

3. Die Schenkung kann wegen Undankbarkeit des Beschenkten widerrufen werden[15]; als Undankbarkeit gilt aber nur ein Benehmen,

dafür das entgegengesetzte Recht der Schenkung zwischen Ehegatten (l. 3 § 12. 13 l. 4 l. 5 § 3. 4 D. de don. i. v. e. u. 24. 1) zur Anwendung bringen will. Mir scheint das zu gewagt. Gegen Savigny auch Schilling § 360 Note gg, Bremer S. 153 fg., Pernice S. 92 fg., [Bekker II S. 194], Seuff. Arch. XXI. 235.

[9] Auf Ersatz haftet derselbe gewiß dann nicht, wenn der Verlust ohne seine Schuld eingetreten ist. Aber selbst wenn er den Verlust wissentlich und willentlich herbeigeführt hat, haftet er deßwegen nicht, weil er gemäß des Willens des Schenkers gehandelt hat. Arg. l. 5 § 18 l. 6 l. 7 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 18 pr. D. de R. C. 12. 1. Savigny S. 75. 219—221.

[10] Vgl. Marezoll S. 23 fg., Savigny S. 221 fg., Schilling § 360 Note q—aa, Bremer S. 96. 118 fg., Pernice S. 13 fg. Bloß historische Bedeutung hat die Ausnahme der l. 36 § 1 C. h. t.: Schenkung beweglicher Sachen durch den magister militum an verdiente Soldaten. Gegen die angebliche Ausnahme der Schenkung ad pias causas s. namentlich v. Buchholz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI S. 138 fg. Negotium mixtum donatione? Budde und Schmidt Entscheid. des OAG. zu Rostock VI § 154 fg. Seuff. Arch. XXVIII. 223. Bremer S. 118—136, Pernice S. 43 fg. Schenkung durch Unterlassung und s. g. thatsächliche Schenkung? Pernice S. 13—24. [Schenkung durch Schulderlaß? Pernice S. 24, Bekker II S. 193.] Vgl. noch § 368 Note 18 a. E.

[11] L. 34 pr. C. h. t., Nov. 52 c. 2 und daraus Auth. *Item et a privatis* zu gedachter Codexstelle. Vgl. Osenbrüggen zur Interpretation des Corpus iuris civilis S. 33 fg.

[12] L. 36 § 2 C. h. t.

[13] L. 36 pr. C. h. t.

[14] L. 31 pr. C. de I. D. 5. 12. [Seuff. Arch. XLII. 216.]

[14a] Nov. 119 c. 1, Nov. 127 c. 2. Marezoll S. 27. Vgl. § 508 Note 14.

[14b] Unterliegt dem Erforderniß der Insinuation auch die Errichtung einer Stiftung? Die Frage ist bejahend entschieden vom RG. 27/6 81, Entscheid. V S. 138 (Seuff. Arch. XXXVII. 6), mit dem bedenklichen Argument, daß die zu errichtende Stiftung „gewissermaßen im Zustande eines nasciturus“ sei, mit einem besseren aus l. 36 pr. C. h. t. in Verbindung mit der restituirten l. 16 C. de ss. eccl. 1. 2 zu entnehmenden. Daselbst ist auch Literatur citirt.

[15] L. 10 C. de revoc. don. 8. 55 [56]. Ueber das frühere Recht s. l. 1 C. eod. in Verbindung mit Vat. fr. § 272 — l. 31 § 1 D. h. t. 39. 5, l. 7 l. 9 C. de revoc. don. Savigny S. 228—230, Schilling S. 957. 959. v. Bothmer, die rechtliche Construction des Widerrufs gültiger Schenkungen, Arch. f. civ. Pr. LXI S. 335 fg. Pollack der Schenkungswiderruf, insbesondere

wie die Gesetze es speciell bezeichnen[16]. Der Widerruf[16a] macht die Schenkung nicht nichtig, sondern begründet bloß eine obligatorische Verpflichtung des Beschenkten zur Erstattung des Empfangenen[17]; hat er dasselbe nicht mehr, so haftet er nur auf die Bereicherung[18]. Das

---

seine Vererblichkeit (1886) S. 40—65 [s. über diese Schrift Zoll Grünhut's Zeitschr. XIV S. 240 fg.].

[16] a) Schwere (wörtliche) Beleidigungen; b) Thätlichkeiten; c) absichtliche Herbeiführung eines nicht unbedeutenden Vermögensverlustes (vgl. Seuff. Arch. V. 166) oder d) einer Lebensgefahr; e) Nichterfüllung einer bei der Schenkung gemachten Auflage. L. 10 C. cit. Seuff. Arch. XXIX. 132.

[[16a] Ist Erklärung an den Beschenkten erforderlich? Ja: Seuff. Arch. XLIV. 18.]

[17] L. 7 D. de revoc. don. 8. 55 [56]. — „Actionem vero matris ita personalem esse volumus, ut vindicationis tantum habeat effectum." [Schloßmann Jahrb. f. Dogm. XXV S. 389 meint: vindicatio=Bestrafung, Ahndung.] — Die durch die Schenkung hervorgebrachte Vermögensvermehrung ist nach dem Widerruf bei dem Beschenkten ohne rechtfertigenden Grund (sine causa). Dieser Gesichtspunkt wird mit Lebhaftigkeit betont v. Bothmer a. a. O., und an anderer Stelle (§ 423 Ziff. 2) habe ich selbst ihn geltend gemacht. In den von dem Widerruf der Schenkung handelnden Quellenstellen tritt er nicht hervor. — Auch wenn durch die Schenkung nur eine Verpflichtung erzeugt worden ist, wird man nicht sagen dürfen, daß dieselbe durch den Widerruf ipso iure hinfällig werde; es wird durch den Widerruf nur eine Einrede für den Verpflichteten begründet. A. M. v. Bothmer a. a. O. S. 340, mit Berufung auf das „Wesen der Obligationen, welche von dem Verpflichtungsgrunde (Willenseinigung, Beschädigung ꝛc.) nicht nur erzeugt, sondern auch während ihres ganzen Bestehens getragen werden". Ich halte das für irrig. Die Obligation, nachdem sie einmal erzeugt ist, ist von der erzeugenden Thatsache nicht weniger abgelöst, als jedes andere erzeugte Rechtsverhältniß von der erzeugenden Thatsache abgelöst ist. — Auch in dem Fall, wo durch die Schenkungserklärung die gewollte rechtliche Wirkung sogleich hervorgebracht wird, will v. Bothmer zwischen der Erklärung des Schenkungswillens und der Schenkungsvollzugshandlung unterschieden wissen. Den Gegenstand des Widerrufs bilde auch in diesem Falle nur die Erklärung des Schenkungswillens; diese werde durch den Widerruf hinfällig, und dadurch werde der Schenkungsvollzugshandlung ihre causa entzogen. Gegen diese Scheidung der Schenkungserklärung und der Schenkungsvollzugshandlung habe ich mich schon oben (§ 366 Note 1) ausgesprochen.

[18] Savigny S. 76. 237 und Schilling S. 691 nehmen an, daß der Beschenkte von der Zeit der Undankbarkeit an, ja schon von der Zeit an, wo er den Entschluß zur Undankbarkeit gefaßt habe, als unredlicher Besitzer hafte. Es wäre möglich, daß die Quellen die Sache in dieser Art aufgefaßt hätten; von der anderen Seite ist aber auch die Auffassung denkbar, daß der Beschenkte trotz seiner Undankbarkeit nicht anzunehmen brauche, daß der Schenker von seinem Widerrufsrechte Gebrauch machen werde, daß also erst der wirklich geschehene Widerruf ihn zum unredlichen Besitzer mache. Welches die Auffassung der Quellen wirklich sei, scheint mir nach l. 7 C. de revoc. don. nicht bezweifelt werden zu können. Hier heißt es, daß die Revocation nicht dasjenige ergreife, was rechtsgültig veräußert worden sei, „matre pacifica". Mit welchem Recht Savigny diese Worte durch „vor der Undankbarkeit" wiedergibt, leuchtet nicht ein. S. auch v. Bothmer S. 345 fg.

Widerrufsrecht geht nicht auf die Erben des Schenkers über; ebensowenig sind die Erben des Beschenkten demselben ausgesetzt[19]. Es fällt weg für die Mutter, welche ihre Kinder beschenkt hat, wenn dieselbe einen unsittlichen Lebenswandel führt[20]; schreitet die Mutter zur zweiten Ehe, so behält sie das Widerrufsrecht nur beschränkt[21].

4. Die Schenkung kann wegen Verletzung des Pflichttheils angefochten werden; das Nähere darüber im Erbrechte. Das Anfechtungsrecht der Gläubiger (§ 463) bezieht sich nicht auf die Schenkung ausschließlich. —

Nach einer sehr verbreiteten Meinung soll die Schenkung auch widerrufen werden können, wenn dem zur Zeit der Schenkung kinderlosen Schenker hinterher Kinder geboren werden[22].

4. Besondere Arten der Schenkung.

§ 368.

Schenkung des Vermögens[1]. Durch eine solche Schenkung wird keine Gesammtnachfolge begründet; das Recht erkennt als Gegen-

---

[19] L. 10 C. de revoc. don. 8. [55] 56, l. 1 l. 7 eod. Ist der Widerruf aber inter „primas personas" (l. 10 C. cit.) geschehen, so geht das dadurch begründete Forderungsrecht auf die Erben allerdings über. Zweifeln könnte man daran auf Grund von l. 7 C. cit.: allein „die unbestimmten Ausdrücke (derselben) müssen aus den bestimmteren der l. 10 cit. (und l. 1 eod.) erklärt werden", Savigny § 169 c. S. auch Windscheid die Actio rc. rc. S. 29, v. Bothmer S. 348 fg., [Pollack a. a. O.], A. M. Arndts § 104 Anm. 1.

[20] L. 7 C. tit. cit.

[21] Nov. 32 c. 35 und daraus Auth. *Quod mater filio* zu l. 7 C. tit. cit.

[22] Die l. 8 C. de revoc. don. 8. 55 [56] gibt das bezeichnete Recht dem Patron, welcher seinem Freigelassenen geschenkt hat. Früher stritt man darüber, ob es nicht zufällig sei, daß die l. 8 cit. nur den Patron nenne, und ob dieselbe nicht eigentlich den ihr ausgesprochenen Satz für allgemein wahr erklären wolle. Müller promptuarium iuris s. v. donationis revocatio n° 9. Pufendorff Observ. III. 147. Die bejahende Meinung erklärt Lauterbach (ad tit. Dig. de donat. n° 53) für „verior et in praxi recepta". Das Erste (daß die bejahende Meinung die richtigere sei) wird jetzt Niemand mehr behaupten wollen (Vat. fr. § 272), und ein eigentliches Gewohnheitsrecht nachzuweisen möchte schwer sein. Uebrigens wollen die Anhänger der hier verworfenen Meinung nicht die Anfechtung einer jeden Schenkung gestatten, sondern nur einer solchen, von welcher es nicht wahrscheinlich sei, daß der Schenker sie gemacht haben würde, wenn er an die Kinder gedacht hätte, worüber im einzelnen Fall der Richter entscheiden soll. Lauterbach l. c. n° 55, Stryck Usus mod. ad h. t. n° 17. Die hier verworfene Meinung halten fest Puchta § 70. d, Arndts § 82 Anm. 3, [Dernburg II § 108 Ziff. 3. b], vgl. auch Pollack (Note 15) S. 66 fg.; dawider Savigny S. 228, Seuffert § 365 Note 8, Sintenis § 23 Note 56, Harburger die remuneratorische Schenkung S. 102 fg. S. übrigens auch III § 586 Note 15.

[1] Meyerfeld II § 21, Savigny § 159, Schilling § 362 Note bb fg. § 368.

stand der Schenkung nicht das Vermögen als solches, sondern nur die unter einer Gesammtbezeichnung zusammengefaßten einzelnen Vermögensbestandtheile an. Daher muß für jeden einzelnen Vermögensbestandtheil Dasjenige beschafft werden, wodurch gerade bei ihm der Uebergang bedingt ist, namentlich also bei Eigenthumsgegenständen die Tradition[2], während Forderungen gemäß des für sie geltenden Rechts sofort übergehen, so daß unmittelbar auf Grund der Schenkung die Anzeige an den Schuldner erfolgen, und dadurch der Schenker ausgeschlossen werden kann (§ 331)[3]. Was die Schulden angeht, so haftet der Beschenkte den Gläubigern nur dann, wenn er bei der Schenkung die Schulden ausdrücklich übernommen hat, und zwar in dem Sinne, um sich dadurch auch den Gläubigern gegenüber verbindlich zu machen[4]. Hat er die Uebernahmeerklärung in diesem Sinne nicht abgegeben, so wird er durch dieselbe nur dem Schenker verpflichtet[5]. Dem Schenker gegenüber ist er aber auch ohne ausdrückliche Erklärung verpflichtet; in der Annahme der Schenkung des Vermögens liegt eine stillschweigende Uebernahme der Verpflichtung zur

— Die Schenkung kann auf das ganze Vermögen des Schenkers gehen, oder auf einen Bruchtheil desselben (Cod. Hermog. VII. 1, l. 11 C. h. t.); sie kann auch auf ein von einem Dritten erworbenes Vermögen gehen (l. 28 D. h. t.). Sie kann schlechthin gemacht werden, oder mit Vorbehalt gewisser Vermögensstücke (l. 37 § 3 D. de leg. III° 32), oder des Nießbrauchs (l. 42 pr. D. de m. c. don. 39. 6), oder einer jährlich zu machenden Leistung. Ueber die citirte l. 42 pr. D. de m. c. don. vgl. Keller Zeitschr. f. gesch. RW. XII S. 400 fg., Vangerow II § 561 Anm. Nr. I. 3.

[2] L. 35 § 4. 5 C. h. t. (vgl. Vat. fr. § 263, Cod. Hermog. VII. 1. 2).

[3] Die actio utilis bei der Uebertragung einer Forderung durch Schenkung ist erst durch Justinian anerkannt worden, l. 33 C. h. t. Auf dem früheren Standpunkt stehen noch l. 11 C. h. t., Vat. fr. § 263, ebenso l. 3 pr. D. pro soc. 17. 2. Auf Grund dieser letzteren Stelle behauptet Schilling § 362 Note mm (nach Hasse Arch. f. civ. Pr. V S. 31), daß jede einzelne Forderung besonders cedirt werden müsse. Die gleiche Behauptung findet sich bei Savigny S. 136.

[4] Durch den Beitritt des Gläubigers, welcher auch in der Belangung selbst liegt, kommt dann der Schuldübergang wirklich zu Stande. So nach heutigem Recht, gemäß des in § 338 Ausgeführten, während nach römischem Recht der Beschenkte den Gläubigern nur in Folge einer mit ihnen direct verhandelten Novation haftete. L. 28 D. h. t., l. 72 pr. D. de I. D. 23. 3. Seuff. Arch. XXXVI. 36, [XLII. 292, XLIII. 104 (RG.)].

[5] Und zwar hat der Schenker gegen ihn einen doppelten Anspruch: a) auf Bezahlung der Schulden (actio praescriptis verbis); b) auf Rückgabe des Geschenkten wegen Nichtzahlung (condictio ob causam datorum). L. 28 D. l. 22 C. h. t., l. 2 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6. Der Schenker kann sich auch dadurch sichern, daß er bei Herausgabe des Vermögens den Betrag der Schulden sogleich abzieht, l. 72 pr. D. de I. D. 23. 3. Die Ansprüche des Schenkers können auch die Gläubiger desselben auf dem Cessions- und Executionswege geltend machen. Seuff. Arch. XXXVI. 36.

Bezahlung der Schulden[6]. Ist ausdrücklich ausgemacht, daß die Schulden nicht übergehen sollen, so können die Gläubiger die Schenkung nach dem Recht der Veräußerung zur Beeinträchtigung der Gläubiger (§ 463) anfechten[7]. — Die Vermögensschenkung ergreift nicht ohne Weiteres auch das zukünftige Vermögen; die ausdrückliche Erstreckung aber der Schenkung auf das zukünftige Vermögen ist nicht bloß nach heutigem Recht zulässig[8], sondern war es auch schon nach römischem Recht[9].

Schenkung zur Vergeltung, s. g. remuneratorische Schenkung[10]. Das Wesen der Schenkung ist von ihrem Motiv unabhängig[10a], und so auch von dem Vergeltungsmotiv; daher unterliegt die Vergeltungsschenkung den gewöhnlichen Regeln, und namentlich auch den rechtlichen Beschränkungen der Schenkung. Eine Ausnahme

---

[6] Denn „bona intelleguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt“, l. 39 § 1 D. de V. S. 50. 16 (s. auch l. 69 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 11 D. de I. F. 49. 14, l. 8 § 4 C. de bon. quae lib. 6. 61). Direct beweist den im Text genannten Satz l. 28 D. h. t., in welcher Stelle von einer ausdrücklichen Vereinbarung über die Uebernahme der Schulden keine Rede ist. L. 17 § 1 D. quae in fraud. cred. 42. 8 handelt nicht von einer Uebertragung des Vermögens. — Schilling § 362 Note ii und Unger § 97 Note 13 halten die Annahme eines stillschweigenden Vertrages für bedenklich, und wollen dem Schenker durch eine condictio indebiti oder sine causa helfen. Die condictio indebiti ist gewiß begründet, wenn der Schenker in Unkenntniß der Schulden das ganze Vermögen herausgegeben hat, während er den Betrag der Schulden hätte abziehen können (Note 5); aber wie, wenn er die Schulden gekannt, und stillschweigend angenommen hat, der Beschenkte werde sie bezahlen? Gegen den stillschweigenden Vertrag auch Birkmeyer über den juristischen Begriff des Vermögens S. 229 fg., welcher in l. 28 cit. eine Interpretation des Wortes hereditas findet. Dawider Pernice krit. VJSchr. XXII S. 254 fg. S. noch Meyerfeld II S. 31 fg. — Umgekehrt lassen Andere den Schenknehmer aus der Vermögensschenkung als solcher auch den Gläubigern haften, indem sie dafür ein gemeines deutsches Gewohnheitsrecht annehmen. S. darüber Delbrück Schuldübernahme S. 82 fg., Gürgens Jahrb. f. Dogm. VIII S. 257. Vgl. III § 621 Note 4.

[7] Vgl. l. 17 § 1 D. quae in fraud. cred. 42. 8. Seuff. Arch. XI. 106.

[8] Nach Analogie des Erbvertrages. Vgl. Seuff. Arch. XXIV. 115. [Entscheid. des RG. XVIII S. 180.]

[9] Eine alte Streitfrage, Meyerfeld II S. 13 fg. Für die Zuläßigkeit: Meyerfeld a. a. O. S. 16. 17, Puchta Vorles. I S. 162. 163, Böcking a. a. O. Note 23, Hartmann Erbverträge S. 14 fg., Bechmann Dotalrecht II S. 30 fg., Köppen Erbrecht S. 196; gegen dieselbe: Savigny S. 142 fg., Schilling § 354 Note xx.

[10] Meyerfeld I § 19, Savigny § 153, Schilling S. 921—961, Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 30—40, Vangerow § 125 Anm., Harburger die remuneratorische Schenkung, Nördlingen 1875. Ueber diese Schrift Löwenfeld krit. VJSchr. XXI S. 110 fg. [Bekker II § 104 Beil. I.]

[10a] S. § 365 Note 4.

gilt nur in Betreff der zur Vergeltung einer Lebensrettung gemachten Schenkung; dieselbe ist von den rechtlichen Beschränkungen der Schenkung frei[11].

Schenkung mit einer Auflage[12]. Der Schenker kann die

[11] L. 34 § 1 D. h. t. Es heißt hier von der Schenkung zur Vergeltung einer Lebensrettung: „haec donatio irrevocabilis est", also unwiderruflich aus welchem Grunde es immer sein mag. Savigny § 153. s.: — „auch die Nichtigkeit zeigt sich praktisch nur durch Revocation". In der ursprünglichen Gestalt der Stelle, welche in den sententiae des Paulus (V. 11 § 6) erhalten ist, ging sie auf Ausschluß der Beschränkung der lex Cincia („in infinitum donare non prohibemur"). S. auch Schilling S. 928 Note q. Andere (Marezoll, Vangerow, Harburger) beschränken die Unwiderruflichkeit auf den Fall der Undankbarkeit. — Von der andern Seite wollen Viele die l. 34 § 1 cit. auf andere Fälle der Vergeltungsschenkung ausdehnen: auf jede Vergeltungsschenkung (Harburger); auf die Vergeltungsschenkung unter der Voraussetzung, daß dieselbe nicht außer allem Verhältniß zu dem geleisteten Dienste stehe (Vangerow, Schilling, der Letztere in Betreff der Revocation wegen Undankbarkeit); auf die Vergeltungsschenkung für in Geld nicht schätzbare Dienste (Schilling in Betreff der Insinuationsvorschrift); auf die Vergeltungsschenkung mit Ausnahme der Fälle, wo das zu Vergeltende eine Schenkung oder eine Gefälligkeit sei (Meyerfeld); auf jeden Fall, wo der Gabe die Absicht der „Belohnung" zu Grunde liege, wo sie dann aber auch gar nicht Schenkung oder nicht „wahre" Schenkung sei (Puchta § 71, Arndts § 83, [s. auch Dernburg II § 108 Note 18]. — Savigny S. 94 (übereinstimmend Sintenis § 23 Note 11) stellt den Satz, daß, wenn die Gabe nach der Absicht des Gebers „die bloße Bezahlung einer Schuld" sei, der „Begriff der Schenkung mit allen Folgen ausgeschlossen" sei, als selbständigen Satz neben den von ihm aus l. 34 § 1 cit. entwickelten Satz, mit Berufung auf l. 27 D. h. t. Ich halte diesen Satz für äußerst sowohl unbestimmt als gefährlich, und eigentlich für eine Wiedereinführung der von Savigny selbst bestrittenen Behauptung, daß die remuneratorische Schenkung den positiven Bestimmungen der Schenkung entzogen sei; in l. 27 cit. aber sehe ich nichts, als den Ausspruch, daß in dem bezeichneten Fall in der That die Verleihung eines Rechts, und nicht eines bloßen precarium (wovon ich l. 32 D. h. t. verstehe — in Betreff des „quamdiu volueris" s. l. 12 pr. D. de prec. 43. 26) vorliege. So wird ja auch in l. 10 § 13 l. 12 pr. D. mand. 17. 1 aus der Belohnungsabsicht nichts Anderes hergeleitet, als eben das, daß der Geber wirklich habe schenken wollen. Harburger S. 15 nimmt in dem Fall der l. 27 cit. eine Verpflichtung zur Leistung nach l. 1 pr. D. de extraord. cogn. 50. 13 an, was nicht ohne Bedenken ist. Wenn derselbe Schriftsteller für Savigny's Aufstellung eintritt, so vergißt er, daß Savigny von dem Fall spricht, wo der Leistende sich als verpflichtet betrachtet, Harburger von dem Fall, wo er verpflichtet ist. — Aus der Praxis: für Gleichstellung der remuneratorischen Schenkung mit der Schenkung überhaupt: Seuff. Arch. I. 55, IV. 118, V. 18, XVIII. 37. 38, XXII. 196, XXV. 230, Kierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck 1865 S. 1121, Entscheid. des RG. IV. S. 121 (Seuff. Arch. XXXVII. 24), V S. 153; dawider Seuff. Arch. I. 340, III. 265, VIII. 132. 260; unterscheidend (zwischen Forderung der Erfüllung und Rückforderung) XIII. 26, s. auch IV. 118.

[12] Donatio sub modo. Cod. 8. 54 [55] de donationibus quae sub modo .. conficiuntur. — Meyerfeld I S. 412—425, Savigny IV § 175, Schilling S. 807 fg. 945 fg., Windscheid Lehre von der Voraussetzung Nr. 68. 69. 79.

Erfüllung der Auflage verlangen auf Grund des von dem Beschenkten durch die Annahme der Schenkung abgegebenen Versprechens[13]; er kann aber auch, wenn die Auflage nicht erfüllt wird, das Geschenkte zurückfordern, entweder nach dem Rechte der Voraussetzung[14], oder unter dem Gesichtspunkt der Undankbarkeit des Beschenkten[15]. Hat die Auflage zum Gegenstand Leistung des Lebensunterhaltes an den Schenker, so kann derselbe, wenn die Leistung ausbleibt, das Geschenkte, so weit es bei dem Beschenkten noch vorhanden ist, sofort wieder als sein Eigenthum in Anspruch nehmen[16]. Ist die Auflage zu Gunsten eines Dritten gemacht, so steht die Forderung auf Erfüllung der Auflage Diesem zu[17]. — Den Beschränkungen der Schenkung unterliegt die Auflageschenkung, soweit sie wirklich Schenkung ist[18].

§ 369.

Schenkung von Todeswegen*. Die Schenkung von Todeswegen ist eine letztwillige Verfügung in der Form des Vertrages. Sie verfolgt, wie die testamentarische Verfügung, den Zweck, Etwas zu vergeben für die Zeit, wo der Vergebende es selbst nicht mehr haben kann, für die Zeit nach seinem Tode. Deßwegen wird, wie

---

101. 107, Erxleben condictiones sine causa II § 14, Voigt condictiones ob causam § 79.

[13] Es steht ihm die actio praescriptis verbis zu. L. 9. 22 C. de don. 8. 53 [54], l. 8 C. de rer. perm. 4. 64, l. 3 C. de contr. emt. 4. 38.

[14] Es steht ihm eine condictio (ob causam datorum) zu. L. 8 l. 3 l. 2 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6, l. 3 C. h. t. 8. 54 [55]. Vgl. I § 98 Ziff. 2. Seuff. Arch. V. 167.

[15] S. § 367 Note 16.

[16] Es steht ihm eine rei vindicatio utilis zu. L. 1 C. h. t. 8. 54 [55]. Vgl. I § 174 Note 9.

[17] L. 3 C. h. t. Vgl. § 316 Note 5.

[18] Vgl. § 365 Note 3. Savigny S. 286. 287, Bremer Jahrb. für Dogm. XIII S. 105 fg. Seuff. Arch. V. 168, VI. 38, XVIII. 136, XXVI. 131, XXVII. 128. [Entscheid. d. RG. XVIII S. 108.] Daß die Schenkung sub modo der Insinuation nicht bedürfe, nimmt an das Urtheil bei Seuff. Arch. I. 341.

* Dig. 39. 6 de mortis causa donationibus. Cod. 8. 56 [57] de donationibus causa mortis. — W. Müller über die Natur der Schenkung auf Todesfall (1827). Hasse Rhein. Mus. II S. 300 fg. III S. 1 fg. (1828. 1829). v. Schröter Zeitschr. für Civ. u. Pr. II S. 57 fg. (1829). Hasse Rhein. Mus. III S. 371 fg. (1829; Bemerkungen zu vorstehendem Aufsatz). Wiederhold Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV S. 96 fg. (1841). Savigny IV § 170—174 (1841). Erxleben die condictiones sine causa II § 9 (1853). Voigt die condictiones ob causam S. 724—731 (1864). Unger österr. Erbrecht § 77 (1864, 2. Aufl. 1871). A. Cohen die Lehre des römischen Rechts von der Schenkung von Todeswegen (Münchener Inauguraldissertation, 1875). Böcking § 109, Vangerow II § 561—563, Sintenis III § 216. Vgl. auch Sehling die Schenkung auf den Todesfall nach dem sächsischen bürg. Gesetzbuch (1886).

auch im Uebrigen der Inhalt der Schenkung bestimmt sein mag, das Geschenkte definitiv erst erworben mit dem Tode des Schenkers; daraus ergibt sich die charakteristische Eigenthümlichkeit der Schenkung von Todeswegen, daß sie auf die Erben des Beschenkten nicht übergeht, wenn der Schenker den Beschenkten überlebt[1]. Im Uebrigen kann die Schenkung einen sehr verschiedenen Inhalt haben. a) Das Nichtüberleben des Schenkers wird der Schenkung als aufschiebende Bedingung hinzugefügt, so daß einstweilen in das Vermögen des Beschenkten noch gar nichts übergehen soll; womit übrigens wohl verträglich ist, daß er sogleich in den factischen Genuß gesetzt wird[2]. b) Die Schenkung wird so gemacht, daß das Geschenkte sofort in das Vermögen des Beschenkten übergehen, aber im Fall des Ueberlebens des Schenkers an denselben zurückfallen soll[3]. c) In dem einen und dem andern Fall hat der Schenker, wenn nichts ausgemacht ist, ein freies Widerrufsrecht[4]; er kann aber auch unbeschadet des Wesens der Schenkung von Todeswegen auf dieses Recht verzichten[5]. d) Eine besondere Art der Schenkung von Todeswegen ist die, wo geschenkt

---

§ 369. [1] Daher die sprüchwörtliche Redeweise: eine mortis causa donatio liegt dann vor, „cum magis se quis velit habere, quam eum, cui donatur, magisque eum, cui donat, quam heredem suum", § 1 I. de don. 2. 7; ebenso l. 1 pr. l. 35 § 2 D. h. t. — Es ist nicht genau, zu sagen, daß die Schenkung auf die Erben des Beschenkten nicht übergehe, wenn derselbe vor dem Schenker sterbe; denn sterben Schenker und Beschenkter zu gleicher Zeit, so besteht die Schenkung, l. 26 D. h. t. — Vgl. übrigens in Betreff der charakteristischen Eigenthümlichkeit der Schenkung von Todeswegen auch Seuff. Arch. XII. 31, XVIII. 37, XX. 34. Bl. f. RAnwend. zun. in Bayern, Ergänzungsband zu B. XXXI. XXXII S. 393.

[2] L. 2 i. f. l. 29 D. h. t., l. 15 i. f. D. de manum. 40. 1.

[3] L. 2 l. 29 l. 35 D. h. t. Dieß ist im Zweifel als die Absicht der Schenkung anzusehen, wenn das Geschenkte sogleich ausgeantwortet wird. Hasse II S. 328 fg., Savigny S. 246 fg. — Die Rückforderung kann der Schenker gründen: a) auf das von dem Beschenkten durch Annahme der Schenkung stillschweigend abgegebene Versprechen (actio praescriptis verbis, l. 18 § 1 D. h. t.), a. M. Voigt a. a. O. S. 726; b) auf die Ermangelung der Voraussetzung der Schenkung (condictio ob causam datorum, l. 18 § 1 cit., l. 35 § 3 D. h. t. und viele andere Stellen). Er kann aber auch c) den Gesichtspunkt der auflösenden Bedingung anlegen und geltend machen, daß durch Eintritt derselben der frühere Rechtszustand ohne Weiteres wiederhergestellt worden sei, l. 29 D. h. t. (I § 90 Note 4). — Hat der Beschenkte sich des Geschenkten entäußert, so muß er nach Wahl des Klägers den Werth ersetzen, oder das als Gegenleistung Erhaltene herausgeben, l. 37 § 1 D. h. t. Hat er das Geschenkte durch seine Nachlässigkeit verloren, so haftet er nach den Grundsätzen der actio praescriptis verbis. Savigny S. 257.

[4] § 1 I. de don. 2. 7, l. 16. 30 D. h. t. Der Widerruf begründet condictio, aber auch utilis rei vindicatio, l. 30 D. h. t. Vgl. I § 174 Note 9. Seuff. Arch V. 131.

[5] L. 13 § 1 l. 35 § 4 D. h. t., Nov. 87 pr. c. 1. Vgl. Savigny § 170 f.

wird mit Rücksicht auf eine Lebensgefahr, in welcher der Schenker sich befindet oder welcher er entgegengeht; hier verliert die Schenkung ihren Bestand nicht bloß, wenn der Schenker den Beschenkten, sondern auch, wenn er die Lebensgefahr überlebt[6]. — Was die rechtlichen Beschränkungen der Schenkung angeht, so unterliegt die Schenkung von Todeswegen, wenn nicht ohnehin schon freies Widerrufsrecht gilt, dem Widerruf wegen Undankbarkeit wie jede andere Schenkung. Dagegen findet das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten auf sie keine Anwendung[7], und statt der gerichtlichen Vollziehung ist auch die Errichtung vor fünf Zeugen, wie bei einem Vermächtnisse, zulässig[8]. Ueberhaupt ist die Schenkung von Todeswegen im Laufe der Zeit fast vollständig den Vermächtnissen gleichgestellt worden, worüber das Nähere im Erbrecht vorzutragen ist[9].

C. Verträge auf Rückgabe.

1. Das Darlehn*.

a. Begriff und Voraussetzungen.

§ 370.

Ein Darlehn geben heißt: Jemandem eine Quantität vertretbarer Sachen zum Eigenthum geben mit der Auflage, eine gleiche Quantität gleicher Sachen zurückzugeben[1]. Indem der Empfänger

[6] Dieß ist der in den Quellen als der gewöhnliche vorausgesetzte Fall. Hasse II S. 317. Der entgegengesetzte Fall wird erwähnt in l. 2 l. 31 § 2 i. f. l. 35 § 4 l. 43 D. h. t., l. ult. C. h. t.

[7] L. 9 § 2 l. 10 l. 11 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1.

[8] L. ult. C. h. t. Vgl Savigny S. 261—265, Vangerow § 563. Seuff. Arch. XXXIII. 48 und Citate das., XXXIV. 317, XXXVIII. 317, XXXIX. 319. Das Urtheil XVIII. 37 nimmt ohne Angabe von Gründen bei Vernachlässigung der Form Ungültigkeit für den ganzen Betrag, nicht bloß für den Ueberschuß über 500 Ducaten an.

[9] S. einstweilen § 1 I. de don. 2. 7, l. 4 C. h. t., Nov. 87 pr. S. III § 675. 676.

* Dig. 12. 1 de rebus creditis si certum petetur et de condictione. Cod. 4. 1 de rebus creditis et de iureiurando — G. E. Heimbach die Lehre vom Creditum nach den in Deutschland geltenden Rechten (1849) S. 131 fg. (vgl. Rudorff zu Puchta § 304. a). Huschke die römische Lehre vom Darlehn und die dazu gehörigen Materien. 1882. (Dazu Brinz krit. VJSchr. XXV S. 184 fg.) Cohn in Endemann's Handb. des Handelsr. III S. 833 fg. 1885. Glück XI S. 464—475. XII S. 1—177. Unterholzner II § 308—310, Sintenis II § 108, Vangerow III § 623, Brinz 2. Aufl. II § 296. [Dernburg II § 85—89]. Vgl. Rösler Zeitschr. f. Handelsr. XII S. 365 fg.

[1] L. 2 pr. D. h. t. „Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus; nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum. § 370.

das Gegebene mit dieser Auflage annimmt, verspricht er auch ohne ausdrückliche Erklärung die Erfüllung derselben, und bringt dadurch den Darlehnsvertrag zum Abschluß[2]. Der Hauptfall des Darlehns ist das Gelddarlehn; aber er ist nicht der einzige[3].

Der Darlehnsvertrag setzt voraus:

1. Eigenthumsverschaffung[4]. Wird an dem Gegebenen Eigenthum nicht verschafft, sei es daß der Hingebende selbst nicht Eigenthümer[5], sei es daß er nicht veräußerungsfähig ist[6], so kommt ein Darlehnsvertrag nicht zu Stande[7]. Jedoch wird die mangelnde Eigenthumsverschaffung dadurch ersetzt, daß der Empfänger das Hingegebene in redlicher Weise verbraucht[8]; und auch ohne Verbrauch haftet er wenigstens auf Rückgabe des Besitzes nach dem Rechte der Voraussetzung[9]. Ob das Eigenthum direct oder indirect verschafft worden ist, ist gleichgültig[10]. Ja auch dadurch kann ein Darlehn gegeben

§ 1 eod. „Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, . . nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditore solvi non potest". Pr. I. quib. modis re 3. 14. Im engern Sinne bezeichnet mutuum nur das zinslose Darlehn (im Gegensatz von fenus). Plaut. Asin. I. 3. 95, Non. p. 439, l. 6 C. Th. denunt. 2. 4.

[2] Der Darlehnsvertrag ist ein Realvertrag. Pr. I. cit. „Re contrahitur obligatio veluti mutui datione". Vgl. l. 3 § 1 D. de O. et A. 44. 7. S. übrigens auch § 371 Note 6.

[3] Beispiele von Darlehen in Sachen anderer Art in pr. I. cit., l. 7 § 3 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 12. 16. 23 C. de usur. 4. 32. Darlehn in generisch bestimmten, aber nicht vertretbaren Sachen? Vgl. Goldschmidt Handelsr. I § 61 Note 31.

[4] Daher die etymologische Spielerei in l. 2 § 2 D. h. t. „Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit".

[5] L. 2 § 4 D. h. t. Miteigenthum: l. 13 § 2 l. 16 D. h. t., l. 94 § 1 D. de solut. 46. 3. Heimbach S. 80.

[6] § 2 I. quib. al. 2. 8.

[7] L. 2 § 2 D. h. t.: — „si non fiat tuum, non nascitur obligatio". Vgl. l. 1 § 1. 2 D. stip. serv. 45. 3.

[8] L. 11 § 2 l. 12 i. f. l. 13 pr. § 1 l. 19 § 1 i. f. D. h. t., l. 24 § 2 D. de O. et A. 44. 7, l. 56 § 2 D. de fidei. 46. 1; § 2 I. quib. al. 2. 8, l. 12 l. 19 § 1 D. h t., l. 9 § 2 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 24 pr. D. de O. et A. 44. 7. S. g. condictio de bene depensis. Seuff. Arch. XXXII. 223. Vgl. Heimbach S. 192 fg. 206 fg., Voigt cond. ob causam Note 704, Huschke S. 45 fg., Brinz krit. VJSchr. a. a. O. S. 194 fg. Verbraucht der Empfänger das Hingegebene unredlicherweise, d. h. wissend, daß er nicht Eigenthümer ist, so haftet er dem Eigenthümer auf Ersatz des Werthes (rei vindicatio, actio ad exhibendum, condictio sine causa und furtiva), s. I § 193 Note 8, II § 474 Note 15. Vgl. auch § 342 Note 8.

[9] Condictio possessionis, vgl. l. 15 § 1 D. de cond. ind. 12. 6 und I § 161 Note 2, II § 421 Note 7. Die Voraussetzung des Hingebens war die Begründung eines Forderungsrechts, vgl. l. 32 D. h. t. (§ 427 Note 6 und unten in diesem § Note 13).

[10] Fälle indirecter Eigenthumsverschaffung: a) der Empfänger hat das em-

werden, daß einem Schuldner gestattet wird, dasjenige, was er schuldig ist, als Darlehn zu behalten[11]. Ebenso ist es gleichgültig, ob das Eigenthum gerade dem Schuldner verschafft worden ist, oder mit seinem Willen einem Andern[12].

---

pfangene Fremde ersessen (arg. l. 15 § 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 60 D. de solut. 46. 3), oder das empfangene fremde Geld mit dem seinigen vermischt) (l. 78 D. de solut. 46. 3); b) Jemand gibt einem Andern eine Sache, um sie zu verkaufen und das dafür erhaltene Geld als Darlehn zu behalten, l. 11 pr. D. h. t., l. 4 eod., l. 34 pr. D. mand. 17, 1. l. 8 C. si cert. 4. 2; c) Jemand weist einen Dritten, etwa seinen Schuldner, an, demjenigen zu zahlen, welchem er ein Darlehn geben will, l. 15 D. h. t., l. 32 l. 9 § 8 i. f. eod. Vgl. § 412 Note 9. Seuff. Arch. XXII. 36. — In Betreff der beiden letzten Fälle hat sich jedoch, wie l. 15 D. h. t., l. 34 pr. D. mand. 17. 1 zeigen, das römische Recht erst allmälig zu einer freieren Auffassung erhoben; im Anfang hielt man daran fest, daß es gerade das Eigenthum des Darlehnsgebers sein müsse, welches an den Empfänger gelange. — [Von dem Fall bei b ist der Fall zu unterscheiden, wo etwas unter Werthveranschlagung mit der Bestimmung hingegeben wird, daß die Anschlagssumme Darlehn sein solle. Von diesem Fall handelt l. 8 C. si certum 4. 2. Vgl. § 494 Note 11.] Besondere Anwendung: Darlehn in Werthpapieren. Seuff. Arch. XIV. 133. Kuntze Inhaberpapiere S. 697 fg. — Nicht hierher gehört der Fall, wo Jemand, in dessen Namen ein Anderer etwas besitzt, diesem gestattet, das Besessene als Darlehn zu behalten; hier liegt directe Eigenthumsverschaffung mit Abkürzung der Tradition vor (I § 154 Note 2). L. 9 § 9 D. h. t., l. 34. pr. cit. — Zu b) ist noch zu bemerken, daß Huschke S. 51 fg. der Ansicht ist, ein Darlehn könne auch durch Anweisung zum Versprechen gegeben werden, hauptsächlich wegen l. 32 D. h. t. cit. in Verfolgung des Gedankens, daß das mutuum ein „Vermögensgeschäft", kein „Sachgeschäft" sei. Dagegen Brinz krit. VJSchr. a. a. O. S. 185 fg. 197 fg.

[11] Auch dieß ist erst allmälig anerkannt worden. Vgl. auf der einen Seite l. 34 pr. D. mand. 17. 1, auf der anderen l. 15 D. h. t., l. 3 § 3 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 5 § 18 D. de trib. 14. 4. Eine Vereinigung dieser Stellen versucht Huschke S. 57 fg.; gegen denselben mit Recht Brinz krit. VJSchr. a. a. O. S. 198 fg. Ueber l. 6 C. si cert. 4 2 s. § 354 Note 2 zweite Hälfte, aber auch Huschke S. 66, Brinz krit. VJSchr. a. a. O. S. 201 oben (vgl. Pand. 2. Aufl. II § 296 Note 21). Daß auch nach neuestem römischen Rechte das Gesagte nicht unbedingt gelte, sondern nur für den Fall, wo Jemandem gestattet werde, als Darlehn zu behalten, was er aus dem Vermögen des Gestattenden in Händen habe, behaupten Brinz 1. Aufl. S. 390. 391, Römer bedingte Novation S. 6 fg. Dawider auch Salkowski Novation S. 60 fg., Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. II. 2 a. E. in der 7. Aufl., und s. auch Brinz Pand. 2. Aufl. II § 296 Note 14. Eine noch engere Auffassung bei Unterholzner § 308. g und Huschke S. 66. Vgl. noch Sintenis § 108 Anm. 10, v. Salpius Novation und Delegation S. 324 fg. Seuff. Arch. I. 335, IV. 149, V. 127 (wo aber die Entscheidung gewiß richtiger auf das § 364 Note 3 Gesagte gegründet worden wäre), XIII. 17, XIV. 92, XXIV. 113.

[12] L. 9. § 8 D. h. t.: — cum cottidie credituri pecuniam mutuam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro". „Ut": mit der näheren Bestimmung, daß —. Ueber die Lesart s. noch Glück XII S. 19, Ihering Jahrb. f. Dogm. II S. 101 Note 43, Mommsen ad h. l., Huschke S. 31. S. auch l. 19 § 3 D. de inst. act. 14. 3, l. 19 § 5 D. ad SC. Vell. 16. 1. Vgl. § 412 Note 9.

2. Der Darlehnsvertrag setzt ferner Alles voraus, was überhaupt zur Gültigkeit eines Vertrags erforderlich ist, namentlich Consens der Parteien[13] und Handlungsfähigkeit des Schuldners[14]. Jedoch haftet, wenn der Vertrag nicht zu Stande kommt, der Empfänger immerhin nach dem Rechte der Voraussetzung[15]. — Was den Abschluß des Darlehnsvertrages durch Stellvertreter angeht, so gelten folgende besondere Vorschriften. a) Stadtgemeinden, Kirchen und fromme Anstalten haften aus den von ihren Vorstehern und Verwaltern für sie abgeschlossenen Darlehnsverträgen nur dann, wenn das Geld auch wirklich in ihren Nutzen verwendet worden ist — sonst nur der Contrahent selbst[16]. b) Wird ein Darlehn auf den Namen eines Dritten gegeben, so wird diesem das Forderungsrecht aus dem Vertrage auch ohne seinen Consens erworben[17].

Dem Darlehnsvertrag kann ein Vertrag über Geben oder Nehmen des Darlehns vorhergehen; für denselben gelten die gewöhnlichen Grundsätze[18].

---

[13] L. 32 D. h. t. „Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares, eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti. Sed propius est, ut obligari te existimem; non quia pecuniam tibi credidi — hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest — sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi ad te reddi, bonum et aequum est". L. 18 pr. eod. Seuff. Arch. V. 271.

[14] L. 59 D. de O. et A. 44. 7, l. 13 § 1 D. de cond. ind. 12. 6, Gai. III. 91. — Zu StrGB. § 301. 302 vgl. Mandry S. 16 fg.

[15] Der Hingebende hat gegeben in der Voraussetzung, daß er durch das Hingeben Gläubiger werden werde; in dieser Erwartung ist er getäuscht worden. Von dem in dieser Weise begründeten Rückforderungsrecht spricht l. 32 D. h. t. (Note 13). Es ist eine condictio sine causa, näher: ob causam datorum (§ 427 Note 6). Man hat über die Natur des in l. 32 cit. anerkannten Rückforderungsrechts gestritten, und in der Annahme, daß dasselbe etwas Besonderes sei, ihm den besonderen Namen condictio Iuventiana (die Stelle rührt von P. Iuventius Celsus her) gegeben. Vgl. Heimbach S. 224 fg., Voigt Arch. f. civ. Pr. LIV S. 73 fg. Seuff. Arch. X. 253. Vgl. XXIX. 121.

[16] L. 27 D. h. t., Nov. 120 c. 6 § 3. Heimbach S. 254 fg., Kleinschrod über l. 27 Dig. de rebus creditis (Habilitationsschrift, 1851). Man hat es vielfach versucht, diese Bestimmung aus der Natur der juristischen Personen zu erklären, so namentlich Heimbach und Kleinschrod: die juristischen Personen seien unfähig, durch Tradition Eigenthum zu erwerben(!). S. noch Savigny Syst. II S. 204, H. Witte Bereicherungsklagen S. 278—280, Mandry Familiengüterrecht II S. 333, Huschke S. 78, Gierke Genossenschaftsrecht III S. 164 Note 128, [Hölder Pand. I S. 133]. Ueber c. 4 X. de fidei. 3. 22 s. Heimbach S. 262 fg. Vgl. noch Seuff. Arch. XXVIII. 213.

[17] S. § 313 Note 3 und 6.

[18] [Pactum de mutuo dando. L. 20 D. h. t. Gegen dasselbe Storch der heutige insbes. landrechtliche Darlehnsvertrag und die Bedeutung der l. 20 D.

b. Verpflichtungen.

§ 371.

Die Verpflichtung, welche aus dem Darlehn entsteht, geht auf Rückgabe einer gleichen Quantität gleicher Sachen, wie empfangen worden ist[1]. Die Verpflichtung geht nur hierauf; das Darlehn ist kein Geschäft, bei dem es erst nothwendig wäre, im einzelnen Fall mit Rücksicht auf die besonderen Umstände dieses Falles zu bestimmen, was dem Sinn und der Absicht des Geschäfts gemäß ist: dem Sinn und der Absicht des Darlehnsgeschäftes ist unabänderlich das Eine gemäß, daß so viel zurückgegeben werde, als empfangen worden ist[2].

XII. 1 (1878). Gegen diesen Degenkolb Arch. f. civ. Pr. LXXI S. 54 fg. Vgl.] § 310 Note 2. Nach dem daselbst Gesagten in Zusammenhalt mit dem I § 173 zu Note 5 Bemerkten muß behauptet werden, daß das Urtheil auf Auszahlung des versprochenen Darlehns lauten und auf dem gewöhnlichen Wege vollstreckt werden könne. Seuff. Arch. IV. 32, X. 37, auch XIII. 138. Kohler Annalen der Großh. Badischen Gerichte 1875 S. 247 fg. (Ges. Abhandlungen I. S. 51 fg.). Doch wollen Andere nur Verurtheilung auf das Interesse gestatten. Suffrian das pactum de mutuo dando nach den Grundsätzen des heutigen Rechts (1866) S. 5, Regelsberger civilr. Erörterungen I S. 131 und in Endemann's Handb. des Handelsr. II S. 419 Note 15. Seuff. Arch. XIX. 35. Kann die Erfüllung des Darlehnsversprechens verweigert werden, wenn Umstände eintreten oder bekannt werden, unter welchen die seinerzeitige Rückzahlung gefährdet erscheint? So E. A. Seuffert in Seuffert Pand. II § 320 Note 1; dawider Suffrian a. a. O. S. 5 fg., Göppert krit. VJSchr. XIV S. 426 fg. Seuff. Arch. XXX. 111, vgl. VI. 137, XXVI. 212. Ein Fall des Vertrages über Nehmen des Darlehns das. II. 165, s. auch X. 37. Vgl. auch Seuffert a. a. O. Note 2. Es ist übrigens wohl zuzusehen, ob im gegebenen Fall auch wirklich ein Vertrag vorliegt, und nicht bloß eine ohne bindende Absicht gemachte Beredung, l. 30 D. h. t. Vgl. noch Endemann Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 196 fg.

[1] Da der Empfänger Eigenthümer geworden ist, so ist es natürlich für seine Verpflichtung ganz gleichgültig, daß ihm das Empfangene abhanden gekommen ist, ehe er es zu seinem Nutzen hat verwenden können. L. 9 § 9 D. h. t., l. 1 § 4 D. de O. et A. 44. 7, § 2 I. quib. mod. re 3. 14. § 371.

[2] Römisch ausgedrückt: aus dem Darlehn entsteht keine actio bonae fidei, sondern eine actio stricti iudicii, eine condictio (I § 46 Note 4), die intentio der formula ging nicht auf dare oportere ex fide bona, sondern auf dare oportere schlechthin. Die nicht beabsichtigte Folge hiervon war nun freilich die, daß dem Judex auch die Möglichkeit genommen war, auf solche, von außen kommende, Umstände Rücksicht zu nehmen, welche den Darlehnsanspruch zu modificiren an und für sich allerdings geeignet waren (I § 46 Note 6), wie z. B. auf Verzug (l. 24 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 3 C. de usur. 4. 32; übrigens gestattete bei anderen Darlehn als Gelddarlehen die durch die Nothwendigkeit der Geldcondemnation bedingte Anweisung des Judex auf quanti ea res est eine freiere Bewegung, l. 12. 23 C. eod.). Das gilt natürlich für uns nicht mehr; während der Gegensatz selbst zwischen der Darlehnsobligation und der Obligation z. B. aus Kauf, Miethe 2c. für uns noch besteht, wie er für die Römer bestand. — Auch ein Gegenanspruch des Schuldners kann beim Darlehn vorkommen, z. B.

— Ueber die Zeit der Rückgabe entscheidet der Vertrag[3]. Ist in demselben über die Zeit der Rückgabe nichts ausgemacht, so ist zuzusehen, ob nicht aus den Umständen eine stillschweigende Bestimmung hergeleitet werden kann[4]. Ist auch dieß nicht der Fall, so darf zu jeder Zeit zurückgefordert werden[5].

Die Verbindlichkeit, Zinsen zu zahlen, versteht sich beim Darlehn nicht von selbst; sie muß durch besondere Verabredung begründet werden[6]. — Ein besonderer Fall des zinsbaren Darlehns ist der[7],

---

wegen des durch das hergegebene verdorbene Getreide rc. angerichteten Schadens. Bruns in v. Holtzendorff's Encycl. I. S. 344 (408. 435. 491), [Dernburg II § 87 a. E.]. Vgl. Brinz 2. Aufl. II S. 480.

[3] Was bedeutet die Bestimmung, daß die Rückgabe erfolgen soll: „wenn der Gläubiger das Geld vonnöthen hat"? Seuff. Arch. II. 33. Rückgabe „sobald der Schuldner dazu im Stande sein wird", das. XV. 118. Vgl. auch die Citate bei § 273 Note 2.

[4] Die Bewilligung einer gewissen Frist liegt in jeder Dahrlehnsgabe, sonst würde die Darlehnsgabe keinen Sinn haben. Seuffert Pand. § 310 Note 3. S. außerdem l. 57 pr. D. de pactis 2. 14. „Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat". S. übrigens auch Huschke S. 13.

[5] Seuff. Arch. V. 273.

[6] Ueber die Wirksamkeit, welche dabei schon das römische Recht dem nudum pactum zuschrieb, s. l. 11 § 3 D. de pign. act. 13. 7, l. 5 § 2 D. de solut. 46. 3, l. 3. 4 C. de usur. 4. 32, l. 12 eod. l. 5 § 1 l. 7 D. de nautico foen. 22. 2. — Ist nicht das zinsbare Darlehn Consensualvertrag? So Demelius Jahrb. f. Dogm. III S. 408, Unger das. VIII S. 15 („Kapitalmiethe"), Suffrian (§ 370 Note 18) S. 8 fg., Budde und Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI S. 295—299 (= Seuff. Arch. XXII. 121). Ich meine: gewiß dann nicht, wenn dem wirklichen Geben des Darlehns keine Verpflichtung dazu vorhergeht. Aber auch dann nicht, wenn eine solche Verpflichtung vorhergeht ohne eine entsprechende Verpflichtung, das Darlehn zu nehmen. Aber selbst dann nicht nothwendig, wenn auch diese letztere Verpflichtung vorhanden ist; es ist sehr wohl möglich, daß die Parteien auch in diesem Falle nichts gewollt haben, als ein pactum de mutuo dando und mutuo accipiendo. Sondern von einem dem Miethvertrage entsprechenden Consensualvertrage darf nur dann geredet werden, wenn die Absicht der Parteien darauf gerichtet ist, daß jetzt sofort ein Darlehnsgeschäft abgeschlossen sein solle, durch welches der eine Contrahent verpflichtet werde, eine gewisse Summe Geldes zum Gebrauch hinzugeben, der andere, dafür eine Zinsvergütung zu zahlen. Und selbst in diesem Fall ist es nicht gerechtfertigt, ohne Weiteres alle dem Miethvertrag eigenthümlichen Rechtssätze zur Anwendung zu bringen, wie dieß Dankwardt Nationalökonomie und Jurisprudenz II S. 36—42 thut. Vgl. § 312 Note 5. S. auch Kohler Annalen der Großh. Badischen Gerichte 1875 S. 242 fg. (Ges. Abhandlungen I S. 44 fg.), Bähr krit. VJSch. XVIII S. 335 fg., Eisele Zeitschr. f. Schweiz. R. III S. 22 fg., Huschke S. 26, Cohn a. a. O. S. 840. 843. [Kohler Arch. f. bürgerliches Recht II S. 211 fg.] — Vgl. über das zinsbare Darlehn auch noch Endemann Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 47—58.

[7] Dig. 22. 2, Cod. 4. 33 de nautico foenore. Glück XXI S. 151—222. Huschke S. 221 fg. Kleinschmidt das foenus nauticum. 1878. Matthiaß

wo der Gläubiger für irgend einen künftigen ungewissen Fall auf die Rückforderung verzichtet, und sich als Prämie für die übernommene Gefahr einen höheren als den gewöhnlichen Zins ausbedingt[8]. In diesem Falle kam im römischen und früheren gemeinen deutschen Recht die nach diesen Rechten geltende Beschränkung des Zinsmaßes nicht zur Anwendung[9].[10]

---

das foenus nauticum und die geschichtliche Entwickelung der Bodmerei. 1881. Brinz 2. Aufl. II § 298.

[8] Der Fall, von welchem das römische Recht ausgegangen, und welcher auch später immer der Hauptfall geblieben ist, ist der, wo das Geld auf ein Schiff, welches eine Reise anzutreten im Begriff ist, mit der Bedingung gegeben wird, daß der Gläubiger nur dann ein Rückforderungsrecht haben solle, wenn das Schiff an seinem Bestimmungsort ankomme; daher der Ausdruck nauticum foenus oder traiecticia pecunia. Die spätere Ausdehnung geht aus l. 5 pr. D. h. t. hervor. Nach dieser Stelle kann der Vertrag sogar auf ein solches Ereigniß gestellt werden, dessen Herbeiführung oder Nichtherbeiführung von der Willkür des Schuldners abhängt, z. B. Freilassung oder Nichtfreilassung eines Sclaven. Andere Beispiele, welche die Stelle nennt, sind folgende: Jemand gibt einem Fischer Geld auf einen Fischfang, und verzichtet auf die Rückgabe für den Fall, daß der Fischer nichts fangen sollte; Jemand gibt einem Athleten Geld zu seiner Ausbildung und verzichtet auf die Rückgabe für den Fall, daß derselbe im Wettkampf den Preis nicht gewinnen sollte; ein Kranker gibt ein Darlehn und verzichtet auf die Rückgabe für den Fall seiner Genesung (oder Nichtgenesung). Nur die eine Grenze setzt die l. 5 pr. cit., daß der Vertrag nicht ein versteckter Spielvertrag sein darf; d. h. es muß wenigstens von einer der Parteien ein anderes Interesse verfolgt werden, als das des bloßen Gewinnes. Uebrigens ist die Lesart der l. 5 pr. cit. in mehrfacher Beziehung sehr bestritten. S. Glück XXI S. 153 fg., Huschke zur Pandektenkritik S. 88. — Ein dem römischen foenus nauticum ähnliches, aber selbständig entwickeltes deutsches Rechtsinstitut ist der Bodmereivertrag. Matthiaß a. a. O. S. 55 fg. Schröder in Endemann's Handb. des Handelsr. IV Abth. 1 S. 235 fg.

[9] Nach ursprünglichem römischen Recht war das Zinsmaß ganz freigegeben. Paul. sentent. II. 14 § 3, l. 26 § 2 C. de usur. 4. 32. Justinian setzte in der zuletzt genannten Stelle das Zinsmaximum auf 12% fest (a. M. Ihering Jahrb. f. Dogm. XIX S. 2 fg., gegen denselben Brinz a. a. O. Note 36, Büchel das gesetzliche Zinsmaximum beim foenus nauticum nach l. 26 C. de usur. Erlangen 1883). In Nov. 106 aber bestätigte er ein Gewohnheitsrecht folgenden Inhalts: der Gläubiger dürfe sich ausbedingen — und zwar für die Zeit der Seereise, nicht für das Jahr — entweder den achten Theil des Kapitals, oder den zehnten Theil und außerdem Zollfreiheit für einen modius Getreide auf je einen hingegebenen solidus. Die Nov. 106 wurde nun zwar sogleich darauf durch die Nov. 110 wieder aufgehoben; aber diese letztere ist nicht glossirt. Danach also würde vor der neuen Reichsgesetzgebung der Inhalt der Nov. 106 gemeines Recht gewesen sein, wenn nicht in Rücksicht darauf, daß das foenus nauticum nur eine Form des Versicherungsvertrages ist, und daß nach feststehenden Grundsätzen bei diesem Vertrag die Bestimmung der Prämie dem Belieben der Parteien anheimgegeben ist, auch schon früher hätte behauptet werden müssen, daß beim foenus nauticum das Zinsmaß einer Beschränkung nicht unterliege. Vgl. Eichhorn Einl. in das deutsche Privatr. § 107 a. E. § 114,

c. Beweis*.

§ 372.

Was den Beweis des Darlehns angeht, so stellt das römische Recht für den Beweis durch schriftliches Empfangsbekenntniß folgende besondere Grundsätze auf[1].

Ein schriftliches Bekenntniß über den Empfang eines Darlehns beweist gegen den Aussteller nur dann, wenn dieser zwei Jahre[2] hat

Seuffert § 313 Note 4, Arndts § 283 Anm., Huschke S. 228 Note 1. Ueber die neue Reichsgesetzgebung s. § 260 Note 4.

[10] Eine Stelle von der Lehre vom nauticum foenus, die l. 122 § 1 D. de V. O. 45. 1, bietet — ohne besondere Grundsätze zu enthalten — der Auslegung Schwierigkeit dar. S. über dieselbe den Aufsatz von Huschke Zeitschr. f. Civ. und Pr. N. F. X S. 1 fg. (1853) und die Schrift von Goldschmidt: Untersuchungen zu l. 122 § 1 D. de V. O. (1855).

* Cod. 4. 30 de non numerata pecunia. — Aus der Literatur ist vor Allem hervorzuheben die gründliche und erschöpfende Bearbeitung von Gneist die formellen Verträge S. 1—110. 265—318. 388—405 (1845). S. außerdem, aus der Zeit vor dieser Schrift: Pfeiffer vermischte Aufsätze S. 126—187 (1803) und praktische Ausführungen II S. 146—177 (1828), Unterholzner Arch. f. civ. Pr. VII S. 1 fg. (1827), Sintenis in Sell's Jahrb. I S. 254 fg. (1841); aus der Zeit nachher: Heimbach Lehre vom Creditum S. 633—692 (1849), Bähr Anerkennung § 27. 62 und Anhang S. 291 fg. (335 fg.) (1855. 1867), ders. Jahrb. f. Dogm. II S. 333—349 (1858), Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten 2. Abth. S. 180 fg. (1858), H. Witte Bereicherungsklagen S. 193—253 (1859), v. Salpius Novation und Delegation S. 314—336 (1864), Bekker Aktionen I S. 382—401 (1871), Huschke S. 91—148, Ludw. Goldschmidt Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 33 fg. (1886). Ausführliche Literaturangaben bei Gneist und Schlesinger. — Unterholzner II S. 70—78, Sintenis II S. 264—272 und III § 133 Anm. 26, Brinz 1. Aufl. S. 426—429 (2. Aufl. II § 311). [C. Facelli l'exceptio non numeratae pecuniae in relazione col contratto letterale del diritto romano. Firenze 1886. Darüber Fadda Rivista italiana II p. 459 s. und Schneider krit. VJSchr. XXX S. 57 fg.]

§ 372. [1] Auf Grund der nahe liegenden Betrachtung, daß das Empfangsbekenntniß häufig aus der Hand gegeben wird, bevor das Darlehn wirklich gezahlt ist. Vgl. l. 3 C. de dote cauta 5. 15. S. übrigens auch Goldschmidt (bez. Ihering) a. a. O. S. 119 unt. — Diese Schmälerung der Beweiskraft schriftlicher Empfangsbekenntnisse wird in den Pandekten nicht erwähnt, im Jahre 198 galt sie, wie aus der interpolirten („asseris", vgl. l. 1 C. si pign. conv. 8. 32 [33]) l. 1 C. h. t. hervorgeht, noch nicht. Dagegen wird sie in Constitutionen von Caracalla als geltend vorausgesetzt, s. namentlich l. 4 C. h. t. Mit vollkommener Sicherheit freilich läßt sie sich erst in einer Constitution von Alexander Severus, l. 8 C. h. t., nachweisen. Ihre Quelle sind ohne Zweifel kaiserliche Rescripte, durch welche sie jedoch weniger eingeführt als anerkannt und normirt wurde. Vgl. Gneist S. 265—285, Witte S. 197—201. 225—228, andererseits Huschke S. 102 fg. — Gilt die gleiche Beschränkung der Beweiskraft auch für öffentliche Urkunden, in denen ein mündliches Bekenntniß des Empfangs eines Darlehns bezeugt ist? Dafür Seuff. Arch. II. 34; dawider das. IV. 31. Bl. f. Rechtspflege in Thüringen XIV S. 365. Vgl. Heimbach Creditum S. 689.

[2] Zwei Jahre gemäß der Vorschrift Justinian's; vor ihm waren es fünf

verstreichen lassen, ohne gegen das Bekenntniß mit der Behauptung aufzutreten, daß dasselbe unwahr sei, und er das Darlehn in Wirklichkeit nicht empfangen habe[3]. Während dieser Zeit muß der Gläubiger, wenn er das Darlehn zurückfordert, und der Aussteller der Urkunde den Empfang leugnet[4], zu anderen Beweismitteln greifen[5]. Ebenso muß er zu anderen Beweismitteln greifen, wenn der Aussteller auf Grund der Behauptung, daß er das Darlehn nicht empfangen habe, die Urkunde zurückfordert[6]. Der Aussteller kann sich aber auch auf einen schriftlichen Protest gegen die Urkunde beschränken; dadurch schließt er die Beweiskraft derselben für alle Zeit aus[7]. Mißbraucht jedoch der Aussteller sein Bestreitungsrecht gegen besseres

Jahre. L. 14 C. h. t.; vgl. tit. I. de lit. obl. 3. 21, § 2 I. de exc. 4. 13. Ursprünglich (bis Diocletian) war die Frist eine einjährige. Cod. Hermog. tit. I (ed. Haenel p. 65). Gneist S. 15; s. jedoch auch Bähr S. 312 (348), dazu Schlesinger S. 235. — Während der Minderjährigkeit des Ausstellers läuft die Frist nicht. L. 5 C. in quib. caus. i. i. r. 2. 40 [41]; vgl. l. 14 pr. i. f. C. h. t.

[3] Diese Behauptung heißt querela non numeratae pecuniae; der Aussteller, indem er sie ausstellt, queritur de non numerata pecunia. Vgl. Gneist S. 63—89.

[4] Durch die exceptio non numeratae pecuniae, welche die eine mögliche Form der querela non numeratae pecuniae ist (vgl. l. 9 l. 14 pr. § 4 C. h. t., tit. I. de lit. obl. 3. 21). Wie aber erklärt sich der Ausdruck exceptio, da ja der Beklagte in dem Leugnen des Empfanges den Klagegrund bestreitet? Das römische Recht denkt sich die exceptio non numeratae pecuniae ursprünglich ausschließlich, und auch später vorzugsweise, als gerichtet gegen eine Urkunde, in welcher nicht bloß der Empfang des Darlehns, sondern auch eine Stipulation auf Rückgabe desselben bezeugt war; es lag nahe, den Namen auf den Fall zu übertragen, wo aus einer Urkunde mit Empfangsbekenntniß, aber ohne Stipulationsclausel, geklagt wurde (s. namentlich tit. I. de lit. obl. 3. 21, l. 14 C. h. t.). Gneist S. 266 ob. 398 fg., Schlesinger S. 250 fg., Witte S. 217 fg. Für diejenigen, welche einen neueren römischen Literalvertrag annehmen, wie namentlich Cropp, Bähr, Huschke, Brinz (§ 312 Note 2 a. E.), besteht die hier berührte Schwierigkeit nicht. Spaltenstein das specifisch juristische Geschäft S. 124 fg. findet „das Vertragsmoment in der durch die Urkunde ausgedrückten confessio". Dagegen Eisele krit. VJSchr. XX S. 11 fg.

[5] L. 1 l. 3 l. 10 l. 14 C. h. t., Nov. 18 c. 8. Vgl. auch Nov. 100.

[6] L. 8 C. h. t., l. 3 C. de post. 2. 6, l. 4 C. de cond. ex lege 4. 9. Gneist S. 57—60.

[7] L. 14 § 4 C. h. t. „In omni vero tempore, quod memoratae exceptioni taxatum est, ei licebit, cui talis exceptio competit, vel (= auch) denuntiationibus scripto missis querelam non numeratae pecuniae manifestare ei, qui numerasse eam vel alias res dedisse instrumento scriptus est . . . eoque modo perpetuam sibi exceptionem efficere". L. 8 C. h. t., l. 5 C. si cert. 4. 2, l. 4 C. de cond. ex lege 4. 9. Der Protest muß an den Gegner gerichtet werden; bei Abwesenheit desselben kann er gerichtlich geschehen, muß aber jedenfalls zur Kunde des Gegners gelangen. L. 14 § 4 cit, und dazu Auth. *Hanc autem* aus Nov. 100 c. 1. Vgl. v. Löhr im Magaz. f. RW. u. Gesetzg. IV S. 386 fg.

Wissen, und es gelingt dem Gläubiger, durch andere Beweismittel darzuthun, daß das Darlehn wirklich gegeben worden sei, so trifft den Aussteller die Strafe des Doppelten[8]. Macht der Aussteller von seinem Recht während der gesetzlichen Frist keinen Gebrauch, so beweist nun die Urkunde nicht bloß vollständig gegen ihn, sondern er wird auch nicht mehr zum Gegenbeweise gegen dieselbe zugelassen[9].

Außer dem Gesagten ist noch Folgendes zu bemerken.

1. Nur solche Urkunden unterliegen der Bestreitung, in denen der Empfang im Allgemeinen, nicht solche, in denen er als in einer bestimmten näher bezeichneten Vergangenheit geschehen bezeugt ist[10].

2. Das Bestreitungsrecht fällt dadurch weg, daß der Aussteller hinterher die Zahlung als erfolgt anerkannt, was auch stillschweigend durch theilweise Rückzahlung geschehen kann[11].

3. Der Bestreitung gegenüber kann der Beweis auch darauf gerichtet werden, daß nach Uebereinkunft der Parteien die Urkunde ausgestellt worden sei, obgleich die Zahlung weder erfolgt war, noch auch erwartet wurde. Die Urkunde erhält in diesem Falle einen reinen Vertrag[12].

---

[8] Nov. 18 c. 8 und daraus Auth. *Contra* zu l. 4 C. h. t. Es ist aber Streit darüber, ob nicht diese Strafe durch die deutsche Praxis beseitigt worden sei; s. darüber § 263 Note 4. Vgl. noch Schlesinger S. 267, Wetzell Civilproc. § 22 Note 36 (Beide für die Bejahung der aufgeworfenen Frage), Gneist S. 20 (welcher bemerkt, daß die Praxis an Stelle der Privatstrafe meistens arbiträre Strafen eintreten lasse).

[9] L. 8 C. h. t., l. 4 C. de cond. ex lege 4. 9, tit. I. de lit. obl. 3. 21. Vgl. auch l. 14 § 2 C. h. t., Nov. 100 c. 1 (*vv.* ubi enim licet in prolixo sic tempore). Gneist S. 89 fg. 388 fg., Huschke S. 145 fg. A. M. Viele, entweder schon für das römische Recht, oder mit Berufung auf eine entgegenstehende Praxis. S. den Bericht bei Gneist S. 97 fg. Die Praxis ist jedenfalls keine ganz allgemeine. Cropp S. 385, Gneist S. 108, Bähr S. 246 (270), Schlesinger S. 328, Goldschmidt S. 124. Vgl. auch noch Sintenis II § 96 Anm. 45, Wetzell Civilproc. § 22 Note 35 (von denen der Erste nach dem Recht der Praxis, der Letzte schon nach römischem Recht den Gegenbeweis zuläßt.) Für die Zulässigkeit des Gegenbeweises: Seuff. Arch. VI. 179, VIII. 250, XVI. 107, XVII. 180, XX. 125, XXV. 125, XXVI. 127, XXVII. 200; dawider V. 152 (275). Für die Zulässigkeit des Gegenbeweises hat sich auch das RG. erklärt. Fenner und Mecke Arch. I S. 205.

[10] Nur bei Urkunden der ersten Art ist die in Note 1 bezeichnete Gefahr für den Aussteller vorhanden. Urkunden der zweiten Art unterliegen der Bestreitung ebensowenig, wie diejenigen, in denen irgend eine andere antecedens causa debendi bezeichnet ist. L. 13 vgl. l. 5 C. h. t. Gneist S. 286 fg. 304 fg.; a. M. Huschke S. 139. Seuff. Arch. X. 254, XXXI. 135.

[11] L. 4 C. h. t. Vgl. Gneist S. 52 fg., Sintenis Lehrb. a. a. O. Anm. 42. Seuff. Arch. VI. 26, X. 254, XXV. 125, XXVI. 127.

[12] Ein abstractes Leistungsversprechen. Der Aussteller der Urkunde verspricht dadurch 100, daß er sich anheischig macht, sich behandeln zu lassen, als

4. Die im Vorstehenden entwickelten Grundsätze gelten auch für Empfangsbekenntnisse bei darlehnartigen Geschäften, d. h. bei Geschäften, welche wie das Darlehn auf generische Rückgabe einer hingegebenen Quantität fungibler Sachen gerichtet sind[13], mit Ausnahme jedoch der (uneigentlichen) Hinterlegung[14]. —

Das dargestellte Rechtsinstitut verdient vom legislatorischen Standpunkt keine Billigung[15]. Durch die Gesetzgebung des neuen deutschen Reiches ist ihm seine Geltung für Deutschland entzogen worden[16].

---

habe er 100 zum Darlehn empfangen: der Bestimmungsgrund zu diesem Versprechen kann jeder beliebige sein. (vgl. § 364 Note 3). Seuff. Arch. XXIII. 118, XXV. 20, XXIX. 117. 218, [XLV. 10,] vgl. XXXIV. 198. Vgl. auch Stahl Arch. f. civ. Pr. LXI S. 141 fg. — Hierher gehört auch der Fall, wo der Aussteller der Urkunde in derselben auf die exc. non numeratae pecuniae verzichtet. Er verspricht dadurch, sich als Darlehnsschuldner behandeln zu lassen, auch wenn er kein Darlehn erhalten haben sollte. Die Behauptung, daß der Verzicht nur als eidlicher wirksam sei (s. z. B. Sintenis Lehrb. a. a. O. Anm. 44), hat keinen Grund, am wenigsten in l. 16 C. h. t. Vgl. Gneist S. 56. 57. Gegen die Wirksamkeit des Verzichtes: Seuffert Pand. § 311 Note 12; ferner Seuff. Arch. V. 276, X. 38, XII. 262, XXXIV. 199; Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 277—278 (Seuff. Arch. XIX. 225).

[13] Also z. B. beim uneigentlichen Nießbrauch, der locatio conductio irregularis. So verstehe ich l. 14 pr. C. h. t.: „In contractibus in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur", in Verbindung mit l. 5 C. h. t., wo die exc. non numeratae pecuniae auf „credita pecunia", beschränkt wird. S. über die verschiedenen Meinungen Gneist S. 294—304 (welcher selbst nicht über das Darlehn hinausgehen will), Bähr S. 317 (354), Schlesinger S. 257. 258, Witte S. 212, Huschke S. 133 (ebenfalls für die Beschränkung auf das Darlehn).

[14] Nach der ausdrücklichen Bestimmung in l. 14 § 1 C. h. t.

[15] Es schützt den Schuldner gegen eine mögliche Ungerechtigkeit dadurch, daß es den Gläubiger der Gefahr einer gleichen Ungerechtigkeit aussetzt. Damit nicht ein gewissenloser Gläubiger den Schuldner zur Rückzahlung eines nicht empfangenen Darlehns nöthigen könne, wird eine Einrichtung getroffen, welche es dem gewissenlosen Schuldner möglich macht, dem Gläubiger ein wirklich empfangenes Darlehn vorzuenthalten. Ist aber nach Lage der Umstände die Gefahr einer Ungerechtigkeit nicht zu vermeiden, so ist es doch gewiß billiger, daß diese Gefahr den treffe, für welchen kein Beweismittel spricht, als den, welcher mit einem solchen versehen ist. A. M., nicht überzeugend, Huschke S. 146 Note (S. 115 fg.).

[16] HGB. Art. 295. Einführungsgesetz zur CPrO. § 17. Die Particulargesetzgebung hatte es schon früher sehr eingeengt. Vgl. Stobbe III § 190 Note 10. Durch den cit. § 17 ist auch aufgehoben der Ausschluß des Gegenbeweises nach Ablauf der Bestreitungsfrist, welcher Ausschluß nichts ist, als eine Gegengabe an den Gläubiger für die dem Schuldner gewährte Bestreitungsmöglichkeit. Dem Beweis für diesen Satz ist die bei * genannte Abhandlung von Goldschmidt gewidmet, die sich aber hauptsächlich mit der Geschichte des Instituts beschäftigt; der Zusammenhang leuchtet nicht ein. — Es sind auch Versuche gemacht worden, nachzuweisen, daß das Institut auch im römischen Recht nicht gegolten habe, von Bähr und Schlesinger an den bei * genannten

d. Verbot des Darlehns an Hauskinder*.

§ 373.

Hauskindern soll kein Gelddarlehn gegeben werden; wer es dennoch thut, hat kein Rückforderungsrecht[1].

Orten. Bähr und Schlesinger behaupten übereinstimmend, das Besondere der querela non numeratae pecuniae bestehe nicht darin, daß die Beweiskraft der Empfangsurkunde während einer gewissen Zeit gemindert sei, sondern darin, daß diese Beweiskraft nach Ablauf einer gewissen Zeit sich steigere. Im Einzelnen weichen sie von einander ab. Bähr lehrt: durch die Vorschützung der querela non numeratae pecuniae werde allerdings der Gläubiger zum Beweis genöthigt, aber diesen Beweis führe er eben durch die Urkunde selbst, und dem Schuldner sei nur Gegenbeweis gestattet — aber nicht mehr gestattet, wenn der Schuldner sich der Urkunde gegenüber zwei Jahre lang ruhig verhalten habe. Nach der Ansicht Schlesinger's geht die querela non numeratae pecuniae nicht sowohl darauf, daß der Antragsteller damals bei Ausstellung der Urkunde noch nicht empfangen gehabt, als vielmehr darauf, daß er später nicht empfangen habe; der Aussteller müsse also, um sie geltend machen zu können, vorher nachweisen, daß die Urkunde wirklich in Erwartung künftiger Zahlung ausgestellt worden sei; das Recht zu behaupten, daß dieß geschehen, verliere er aber durch den Ablauf von zwei Jahren, hiermit jedoch nicht auch zugleich das Recht des Gegenbeweises. Meiner Ansicht nach scheitert die eine und die andere Auffassung an dem Inhalt unserer Quellen. Wenn auch eine Reihe von Quellenzeugnissen in ihrem Sinn ausgelegt werden können, so ist dieß doch bei anderen willkürlich oder geradezu unmöglich. S., was die Bähr'sche Auffassung angeht, namentlich (wenn man auch von der vielgedeuteten l. 13 C. h. t. absehen will) Nov. 18 c. 8, Nov. 100; gegen Schlesinger außer diesen Stellen l. 1 l. 10 und besonders l. 5 C. h. t. Gegen diese neuen Auffassungen haben sich erklärt Gneist Comm. de causae probatione stipulatoris p. 7, Windscheid krit. VJSchr. III. S. 109—114, Brinz 1. Aufl. S. 426—429, Witte S. 288 fg. (hauptsächlich gegen Bähr), Sintenis III § 133 Anm. 36 (gegen Schlesinger), Huschke S. 146 Note 1 a. E.; für Bähr (Schlesinger?) Wetzell Civilproc. § 22 Note 26, Spaltenstein das specifisch juristische Geschäft S. 130 fg. — Eine besondere Auffassung der exc. non numeratae pecuniae für die ältere Zeit (vor Einführung ihrer zeitlichen Beschränkung) vertritt v. Salpius a. a. O. Die Erwähnung der numerata pecunia sei bei der Stipulation inhaltlose Form, deßwegen die exc. non numeratae pecuniae nichts als exc. doli im weitesten Sinn gewesen, zu deren Begründung der Schuldner vorerst die der Stipulation wirklich zu Grunde liegende causa habe beweisen müssen. Dieß ist auch der Grundgedanke der Abhandlung von Goldschmidt. — [Wendt Jahrb. f. Dogm. XXVIII S. 1 fg. (1889) bezieht die gesetzliche Frist auf die Zulässigkeit der Vertheidigung wegen Nichtempfanges gegenüber einer abgeschlossenen Stipulation; von dem Fall eines Empfangsbekenntnisses ohne Stipulation redet er nicht.]

* Dig. 14. 6 de Senatusconsulto Macedoniano. Cod. 4. 28 ad Senatusconsultum Macedonianum. — Dietzel das Senatusconsultum Macedonianum (1856). Schwanert die Natural-Obligation S. 341—363 (1861). Dueckers de Senatusconsulto Macedoniano (Inauguralabhandlung 1866, gut). Ryk Arch. f. civ. Pr. LIII S. 85 fg. (1870). Mandry das gemeine Familiengüterrecht I S. 431—524 (1871). Huschke S. 149—195, Glück XIV S. 302—354; Unterholzner I S. 147—153, Sintenis II S. 512—516, Brinz 2. Aufl. II § 297, [Dernburg II § 88].

1. Unter Hauskindern sind zu verstehen Personen unter väterlicher Gewalt[2], ohne Rücksicht auf Geschlecht[3] und Alter[4]. Auch auf die Lebensstellung des Hauskindes kommt an und für sich nichts an[5]; insofern jedoch das Hauskind kraft der Lebensstellung, welche es zur Zeit der Darlehnsaufnahme einnimmt, das Recht der freien Verfügung über seinen Erwerb hat, wird dem Darlehnsgläubiger bis zum Belange des mit diesem Recht der freien Verfügung Erworbenen ein Rückforderungsrecht nicht versagt[6].

---

[1] Dieser Rechtssatz ist durch einen Senatsbeschluß aus der Regierung K. Vespasian's (Sueton. Vesp. c. 11, vgl. Mandry S. 431—436, Huschke S. 149—155) eingeführt worden. Das Verhältniß, welches der Senat im Auge hatte, ist ein zu allen Zeiten wiederkehrendes; junge Leute, welche einen leichtsinnigen Lebenswandel führen, machen Schulden auf die väterliche Erbschaft („in mortem parentum", Tacit. Ann. XI. 13, vgl. die Worte des Senatsbeschlusses „etiam post mortem patris eius" und „exspectata patris morte"), und es finden sich Personen, welche ihnen auf dieselbe („incertis nominibus", Worte des Senatsbeschlusses), natürlich gegen harte Bedingungen, Geld leihen und dadurch ihrem tadelnswerthen Wandel Vorschub leisten. Auf diesem Wege war ein gewisser Macedo bis zum Vatermorde gekommen (Theoph. ad § 7 I. quod cum eo 4. 7, vgl. auch l. 3 § 3 D. h. t.), und dieß veranlaßte den Senat zu der Bestimmung: — „placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen exspectata patris morte fieri". L. 1 pr. D. h. t., s. auch § 7 I. cit. — Der Grundgedanke des Dietzel'schen Buches ist, daß der Senatsvorschrift nicht der hier bezeichnete „polizeiliche" oder „criminalpolitische" Gesichtspunkt zu Grunde liege, sondern ein „rein rechtlicher", nämlich die Vermögensunfähigkeit der Kinder, und daß jene Vorschrift nicht sowohl den Zweck habe, die Gläubiger vom Darlehngeben abzuhalten, als vielmehr den, die Hauskinder (und ihre Väter) zu schützen. Ich halte sowohl diesen Grundgedanken, als dessen Ausführung im Einzelnen für verfehlt. Allerdings ist die Vermögensunfähigkeit des Hauskindes Voraussetzung der Senatsvorschrift (s. Note 6); aber nur deßwegen, weil gerade dadurch das in mortem patris cedere in seiner vollen Nacktheit hervortritt. § 373.

[2] Den Ausdruck im weiteren Sinn gefaßt, so daß er auch auf die Gewalt des Großvaters ꝛc. ꝛc. geht. L. 14 D. l. 6 § 1 C. h. t., § 7 I. quod cum eo 4. 7. Adoptivkinder: l. 1 § 2 D. h. t. — Der Vater unter Curatel wegen Verschwendung: Seuff. Arch. XXIV. 321.

[3] L. 9 § 2 D. h. t.

[4] Die Vorschrift gilt nicht bloß für Minderjährige, sondern auch für Großjährige, vgl. l. 11 § 7 D. de min. 4. 4. Ja sie ist vorzugsweise auf Großjährige berechnet, da von Darlehen an Minderjährige schon die Furcht vor der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abhalten wird. — Vgl. StGB. Art. 301. 302.

[5] L. 1 § 3 D. h. t. „In filiofamilias nihil dignitas facit, quominus SC^{um} Macedonianum locum habeat. Nam etsi consul sit, vel cuiusvis dignitatis, SC^{o} locus est."

[6] Die in der vorigen Note citirte Stelle fährt fort: — „nisi forte castrense peculium habeat, tunc enim SC^{um} cessabit", und l. 2 eod. fügt hinzu: „usque ad quantitatem castrensis peculii, cum filiifamilias in castrensi peculio vice patrumfamilias fungantur". Dazu l. 7 § 1 C. h. t., wo Justinian vorschreibt,

2. Verboten sind nur Gelddarlehen, nicht Darlehen von anderen vertretbaren Sachen[7], und nur solche Darlehen, bei welchen das Haus=

---

daß jedes von einem Soldaten aufgenommene Darlehn gültig sei. Jedoch gehen die Meinungen über die richtige Auffassung dieser Stellen und das aus ihnen Herzuleitende sehr auseinander, vgl. Dietzel S. 23 fg., Dueckers p. 116 sqq., Ryk S. 100 fg. 112 fg., Fitting peculium castrense S. 165 fg. und Citate das., Huschke S. 169 fg., Brinz 2. Aufl. II § 297 Note 6 fg. 1) Eine sehr verbreitete Ansicht (dafür auch Seuff. Arch. XXXV. 281, anders XXXIX. 295) versteht die l. 7 § 1 C. cit. ihrem Wortlaute nach dahin, daß das von einem Soldaten aufgenommene Darlehn unbedingt gültig sei, so daß also sowohl er selbst unabhängig vom Bestande und vom Dasein eines castrensischen Peculiums, als auch der Vater mit der actio de peculio (Note 15) hafte. Der Grund, weßwegen ich meinerseits bei dem Wortlaute der Stelle nicht stehen bleiben zu dürfen glaube, liegt in dem Schluß derselben. „In plurimis enim iuris articulis filiifamilias milites non absimiles videntur hominibus, qui sui iuris sunt“ — das ist wahr nur für den castrensischen Erwerb, und erinnert auffallend an l. 2 D. cit. — „et ex praesumtione omnis miles non creditur in aliud quidquam pecunias accipere et expendere, nisi in causas castrenses“ — wozu dieß, wenn Justinian sich die Darlehnsfähigkeit des Soldaten ohne alle Verbindung mit seiner castrensischen Erwerbfähigkeit gedacht hätte? Ich sehe in diesen Worten einen sehr deutlichen Hinweis auf den wirklichen Gedanken Justinian's. So weit der Haussohn erwerbfähig ist, will er aussprechen, ist derselbe auch darlehnsfähig. Aber muß man nicht, wirft Justinian sich ein, seine Darlehnsfähigkeit auf den Fall beschränken, wo er ein Darlehn gerade für den ihm möglichen Erwerb aufnimmt? Diese Frage verneint Justinian. 2) Von Manchen wird aus l. 1 § 3 D. cit. der Satz hergeleitet, daß der Haussohn bis zum Betrage des castrensischen Peculiums, welches er zur Zeit der Belangung habe, auch dann hafte, wenn er zur Zeit der Darlehnsaufnahme noch nicht Soldat gewesen sei. Ich glaube, daß die Worte „nisi habeat castrense peculium“, wenn man ihren Zusammenhang mit dem Vorhergehenden (namentlich auch § 2) berücksichtigt, die Beziehung auf eine andere Zeit, als die der Darlehnsaufnahme, nicht zulassen. Von der andern Seite darf man aus denselben nicht, wie Viele thun, den Satz herleiten, daß der Haussohn zur Zeit der Darlehnsaufnahme nicht bloß Soldat gewesen sein, sondern auch ein castrensisches Peculium schon wirklich gehabt haben müsse. Entweder bleiben die genannten Worte bei dem gewöhnlichen Fall stehen — ohne allen castrensischen Erwerb wird der Soldat kaum jemals sein — oder es ist zu sagen, daß in dieser Beziehung Justinian eine weiter gehende Bestimmung getroffen habe. 3) Das in Betreff des castrensischen Erwerbes Geltende wird von der herrschenden Meinung auch auf das peculium quasi castrense, von Manchen auch auf das peculium adventicium irregulare ausgedehnt. Meine Auffassung ist diese. Ich finde keine Schwierigkeit darin, das in den Quellen für den filiusfamilias miles Anerkannte auf solche Haussöhne auszudehnen, welche wie dieser eine sie zum Erwerbe befähigende Lebensstellung einnehmen, also auf den Staats-, Hof- und Kirchendiener und den Advocaten; wer einer solchen Person leiht, leiht ebensowenig wie derjenige, welcher einem Soldaten leiht, bloß in mortem patris. Aber dadurch wird das in mortem patris Leihen nicht ausgeschlossen, daß der Haussohn möglicherweise von dem Landesherrn oder seiner Gemahlin etwas geschenkt erhalten, oder daß möglicherweise einer der außerordentlichen Fälle des pec. adventicium irregulare eintreten kann. Nur soweit das Hauskind zur Zeit der Darlehnsaufnahme einen Erwerb der bezeichneten Art bereits hat, muß allerdings das Darlehn im Sinne der Senatsvorschrift

kind wirklich Geld erhält; das Verbot bezieht sich nicht auf solche Fälle, wo dem Hauskind gestattet wird, das, was es schuldig ist, als Darlehn zu behalten[8].

3. Das Verbot gilt nicht für Darlehen, welche mit Zustimmung des Vaters gegeben werden, mag dieselbe ausdrücklich oder stillschweigend[9], gleichzeitig, vorhergehend oder nachfolgend, sein[10]. Das Verbot gilt aber ferner auch nicht für solche Darlehen, welche der Vater, obgleich er ihnen nicht zugestimmt hat, als in seinem Interesse gegeben anerkennen muß[11].

---

für gültig erklärt werden. Vgl. Bl. f. RAnw. XXXIII S. 155 fg. 4) Dietzel, welcher mit dem zu 1 und 2 Gesagten übereinstimmt, will die Senatsvorschrift nicht bloß in allen Fällen des pec. quasi castrense und nicht bloß beim pec. adventicium irregulare, sondern auch beim pec. adventicium regulare ausgeschlossen wissen, und kommt so zu dem Resultate, daß sie heutzutage gar nicht mehr anwendbar sei (S. 151. 152 fg.). Aber es liegt auf der Hand, daß die Aussicht auf Befriedigung für den Darlehnsgeber eine gleich unsichere ist, mag der Empfänger erwerbunfähig, oder mag er dispositionsunfähig sein. 5) In dem Urtheil des OAG. zu Wolfenbüttel bei Seuff. Arch. XXV. 20 wird angenommen, daß, wie der Soldat, so auch der Sachwalter unbedingt darlehnsfähig sei. — Für das heutige Recht kommt übrigens in Betracht, daß mit einer Lebensstellung, welche die Möglichkeit eigenen Erwerbes gewährt, von welcher Art sie auch sonst sein mag, regelmäßig die Begründung eines eigenen Haushaltes, und damit die Auflösung der väterlichen Gewalt, verbunden sein wird (§ 525 Note 20).

[7] L. 7 § 3 D. h. t. Seuff. Arch. XXXIII. 121. Viel weniger andere Contracte, l. 3 § 3 eod. L. 7 pr. § 2 l. 13 eod. Vgl. auch l. 3 § 4 — l. 6 eod. Ob das Darlehn verzinslich ist oder nicht, ist gleichgültig, l. 7 § 9 eod.

[8] L. 3 § 3 D. l. 3 C. h. t.

[9] Ausdrückliche Zustimmung: l. 2 l. 4 l. 5 i. f. l. 7 pr. C. h. t. Vgl. l. 12 l. 14 D. eod. Eine stillschweigende Zustimmung liegt unter Anderem in dem Nichtwiderspruch des Vaters, welcher von dem Darlehn weiß, l. 7 § 11. 12 (*vv.* si pater ignoravit), l. 12. 16 D. h. t. — vorausgesetzt daß der Sohn das Darlehn nicht etwa für fremde Rechnung nimmt, z. B. als institor eines Andern, l. 7 § 11 cit. Vgl. Dueckers p. 46, Mandry S. 454. 457. — Der Satz, daß die Zustimmung des Vaters das Darlehn gültig mache, wird gewöhnlich als „Ausnahme" von der Senatsvorschrift dargestellt. Es scheint mir aber auf der Hand zu liegen, daß er sich unmittelbar aus dem Sinn der Senatsvorschrift als Beschränkung ihres zu allgemein gefaßten Wortlautes ergibt. Der Senat wollte verhüten, daß nicht junge Leute durch Darlehen die Mittel zu einem tadelnswerthen Lebenswandel gewönnen; durch die Zustimmung des Vaters ist diese Besorgniß ausgeschlossen. S. auch Mandry S. 456, Huschke S. 159. — Das über die Natur dieses Satzes Gesagte gilt in gleicher Weise von den Sätzen zu Note 11 und 12.

[10] L. 7 pr. C. h. t., l. 7 § 15 l. 16 D. eod.

[11] In denen eine in rem patris versio liegt. L. 7 § 12—14 l. 17 D. h. t., l. 2 l. 5 C. h. t., l. 47 i. f. D. de solut. 46. 3, Nov. 115 c. 3 § 13. Dietzel § 9. 10, Mandry S. 462 fg., Huschke S. 165 fg. 175 fg. Im Einzelnen entscheiden die Grundsätze der actio de in rem verso. Hiernach greift die Senatsvorschrift namentlich auch dann nicht Platz, wenn das Kind Geld aufnimmt, um eigene Bedürfnisse zu befriedigen, welchen der Vater, wenn das Dar-

4. Die nachtheilige Folge der Uebertretung des Verbotes trifft nicht den Gläubiger, welcher kraft eines entschuldbaren Irrthums das Hauskind für einen selbständigen Menschen gehalten hat[12].

5. Die nachtheilige Folge der Uebertretung des Verbots. besteht darin, daß der Gläubiger kein Rückforderungsrecht hat; näher: daß seinem an und für sich begründeten Rückforderungsrecht eine Einrede entgegengesetzt werden kann[13]. Diese Einrede steht dem Hauskinde

---

lehn nicht aufgenommen worden wäre, aus seinen Mitteln abgeholfen haben würde, l. 7 § 14 D. l. 2. 5 C. h. t., l. 47 i. f. D. de solut. 46. 3. Vgl. § 483. — Ich stelle hierher auch l. 7 § 14 D. h. t. „Si filius accepit mutuam pecuniam, ut eum liberaret, qui, si peteret, exceptione non summoveretur, SCi cessabit exceptio". Ich beziehe diese Stelle auf eine Schuld des Vaters, welche der Sohn für denselben bezahlt. Andere verstehen die Stelle von einer eigenen Schuld des Sohnes, und gründen auf dieselbe entweder eine Ausnahme folgenden Inhalts: wenn das Hauskind ein Darlehn aufnimmt, um einen Gläubiger zu befriedigen (Vangerow I § 245 Anm. Nr. 2. d, Sintenis S. 516, Dueckers p. 163 sqq. [dieser theilweise, in Betreff der Verhaftung des Hauskindes selbst], Dietzel), oder erweitern die Ausnahme in Verbindung mit l. 47 § 1 D. de solut. 46. 3 zu dem Satze, daß die Senatsvorschrift auch dann nicht Platz greife, wenn das Darlehn durch das Bedürfniß, oder durch ein unabweisliches Bedürfniß, des Hauskindes gerechtfertigt sei. Es ist an und für sich ein sehr anmuthender Gedanke, daß der Darlehnsgläubiger sich gegen die Senatsvorschrift auch durch den Nachweis solle schützen dürfen, daß es nicht Zwecke des Leichtsinns und der Ausschweifung seien, zu welchen das Hauskind das Darlehn genommen habe. Aber ich glaube nicht, daß die römische Jurisprudenz in der Beschränkung des Wortlauts der Senatsvorschrift so weit gegangen ist. Es scheint mir, sie hat sich zum Bewußtsein gebracht, wie gefährlich und abschüssig der Boden sei, welchen sie damit betrete, und sie ist einfach bei dem Satze stehen geblieben: dem Hauskinde als solchem soll kein Darlehn gegeben werden; erlaubt wird das Darlehn nur dadurch, daß es mit Zustimmung oder zu Zwecken des Vaters gegeben wird. Was aber l. 7 § 14 cit. speciell angeht, so ist darauf aufmerksam zu machen, daß in § 11 der l. 7 von der voluntas des Vaters die Rede ist, in § 12 und 13 von der in rem patris versio, in § 15 von der Ratihabition des Vaters: ist es da nicht wahrscheinlich, daß auch der § 14 auf den Vater zu beziehen ist? Uebereinstimmend Schwanert S. 343, Mandry S. 454 fg., Huschke S. 166 fg. (unter Einschiebung der Worte ab eo hinter liberaret); ebenso das OAG. zu Dresden bei Seuff. Arch. XI. 229.

[12] L. 3 pr. § 1. 2 l. 19 D. l. 1. 2 C. h. t., vgl. l. 10 D. de re iud. 42. 1. Wie ist zu entscheiden, wenn das Darlehn von Mehreren als Correalgläubigern oder an Mehrere als Correalschuldner gegeben wird, und der Irrthum ist nur bei Einem, oder nur in Beziehung auf Einen vorhanden? Darüber l. 7 § 7. 8 D. h. t. Vgl. überhaupt Dietzel S. 26 fg. 90. 99, Vangerow I § 245 Anm. Nr. 2. a, Dueckers p. 142 sqq., Ryk S. 117 fg., Mandry S. 443 fg. Seuff. Arch. XXII. 37. Dietzel steht auch hier unter dem Einfluß seiner unrichtigen Auffassung des Princips der Senatsvorschrift.

[13] Die exceptio SCi Macedoniani. Vgl. Dietzel S. 102 fg., Schwanert S. 356, Dueckers p. 36—45, Mandry S. 466 fg. 475 fg., Huschke S. 172 fg. Vgl. auch Eisele die materielle Grundlage der exceptio S. 96 fg. Diese Einrede konnte nach römischem und früherem gemeinen Recht auch noch in der

nicht bloß während der Dauer der väterlichen Gewalt, sondern auch nach Auflösung derselben zu[14]; sie steht ferner nicht bloß dem Hauskinde selbst zu, sondern auch dem Vater, wenn dieser wegen des dem Kinde überlassenen Sondergutes in Anspruch genommen wird[15]. Jedoch schließt die Einrede eine natürliche Verbindlichkeit des Hauskindes nicht aus; über das Maß, in welchem dieselbe rechtliche Anerkennung gefunden hat, s. § 289 Ziff. 5[16].

Executionsinstanz vorgebracht werden (l. 11 D. h. t., Bayer Vorträge S. 360, Wetzell Civilproc. § 47 Note 123); durch CPO. § 251, vgl. § 686, ist das jetzt ausgeschlossen. Mandry der civilr. Inhalt der Reichsgesetze S. 276 (3. Aufl. S. 311). — Genügt der Beweis, daß zur Zeit der Darlehnsaufnahme der Vater noch gelebt habe, oder muß der Beweis auf das Bestehen der väterlichen Gewalt zur Zeit der Darlehnsaufnahme gerichtet werden? Seuff. Arch. XXII. 339 (vgl. XV. 36).

[14] „Etiam post mortem parentis", l. 1 pr. D. h. t.; Paul. sentent. II. 10 § 1. Gerade auf diese Zeit ist die Einrede berechnet, da vorher dem Gläubiger die Möglichkeit der Befriedigung schon durch die Vermögenslosigkeit des Hauskindes abgeschnitten ist. — Auch durch eine noch fortdauernde Bereicherung des Hauskindes wird die Einrede nicht ausgeschlossen, l. 9 § 2 D. h. t.

[15] L. 6 pr. C. l. 7 § 10 D. h. t., s. auch l. 9 § 3 eod. Den actiones quod iussu, institoria, de in rem verso haftet der Vater, weil in den Fällen derselben das Verbot der Senatsvorschrift gar nicht Platz greift (Ziff. 3). — Mit den genannten Stellen steht es nicht in Widerspruch, wenn in l. 18 D. h. t. in Verbindung mit l. 11. 12 D. de fidei. 46. 1 die Möglichkeit einer actio de peculio aus einem gegen den Senatsschluß gegebenen Darlehn dennoch anerkannt wird. Denn diese actio de peculio geht nur auf die Bereicherung. Es ist bekannt, daß die actio de peculio und die actio de in rem verso una actio sind mit doppelter Condemnation; ihr vollständiger Name ist: actio de peculio deque eo quod in rem domini etc. versum est. Uebrigens konnte auch mit der actio de peculio als solcher das in rem versum eingefordert werden, vgl. z. B. l. 19 D. de in rem verso 15. 3. — Die in l. 12 § 13 mand. 17. 1 gewährte actio de peculio ist ausdrücklich an die Voraussetzung gebunden, daß das Darlehn nicht „contra Senatusconsultum" (z. B. mit Wissen des Vaters oder bei iusta ignorantia des Gläubigers) gegeben worden sei; bei l. 3 § 4 i. f. D. de min. 4. 4 ist eine Auslegung in diesem Sinne wenigstens möglich; l. 1 C. ne fil. pro patre 4. 13 gibt nach der richtigen Lesart (neque contra statt neque si contra) eine actio de peculio bei Verletzung des Senatsbeschlusses nicht. — Vgl. über die verschiedenen Ansichten Dietzel S. 59 fg., Dueckers p. 72 sqq., Mandry S. 488 fg., Huschke S. 163 fg.

[16] Im Einzelnen bemerke man: die natürliche Verbindlichkeit des Hauskindes zeigt sich namentlich auch darin wirksam, daß es das Gezahlte nicht zurückfordern kann (§ 289 Note 18). Zahlt es aber, während es noch Hauskind ist, so zahlt es fremdes Geld, Geld, welches im Eigenthum des Vaters steht: hat nicht wenigstens der Vater ein Rückforderungsrecht? Gewiß eine Vindication, wenn die Geldstücke noch vorhanden sind; aber auch ein obligatorisches Rückforderungsrecht, wenn der Gläubiger dieselben verbraucht hat? Hätten wir diese Frage aus allgemeinen Grundsätzen zu beantworten, so würden wir über die zu gebende Antwort keinen Augenblick zweifelhaft sein: wir würden sagen, dem Vater stehe ein Rückforderungsrecht nicht zu, wenn der Gläubiger das Geld red-

6. Die Einrede wird verloren durch Verzicht des Hauskindes, nachdem es selbständig geworden ist, d. h. durch einen mit dem Gläubiger abgeschlossenen Vertrag, durch welchen das gewesene Hauskind sich verpflichtet, von der Einrede keinen Gebrauch zu machen. Eine nicht vertragsmäßige Anerkennung genügt nicht[17]. Verzicht während

licherweise verbraucht habe, denn dann sei der Gläubiger zwar um den Werth des Geldes reicher geworden, zugleich aber auch um sein Forderungsrecht ärmer (§ 342 Note 8); dagegen hafte der Gläubiger dem Vater allerdings, wenn er das Geld unredlicherweise verbraucht habe, mit rei vindicatio und actio ad exhibendum (als fictus possessor), condictio sine causa und furtiva. Wenn wir nun finden, daß von zwei Quellenstellen, beide von demselben Verfasser, die eine dem Vater eine condictio zuspricht (l. 9 § 1 D. h. t.), die andere sie ihm abspricht (l. 14 D. de R. C. 12. 1), so ist doch gewiß das Natürlichste, dieß aus der soeben entwickelten Unterscheidung zu erklären. Dem stehen auch die Worte „ex omni eventu" in der ersten Stelle nicht entgegen; dieselben wollen nicht sagen, daß der Vater die Condiction unter allen Umständen habe, sondern daß der Vater, wenn nicht die Vindication, „jedenfalls" die Condiction habe. Diese Vereinigung der beiden Stellen ist denn auch schon vielfach geltend gemacht worden (Glück XIV S. 318, Unterholzner I S. 149 Note n, Witte Bereicherungsklagen S. 299). Andere glauben, daß in der l. 14 cit. nur die condictio ex mutuo, oder nur die condictio indebiti (Mandry S. 508 fg., Sintenis II § 108 Anm. 48), nicht die condictio sine causa abgesprochen werde: noch Andere halten den Widerspruch für unlösbar (Dietzel S. 122 fg., Brinz 1. Aufl. S. 394 (vgl. 2. Aufl. II § 297 Note 40), Voigt cond. ob causam S. 752—754, Dueckers p. 89 sqq.). Puchta Vorles. zu § 306 ist in der Sache der hier vertretenen Meinung, will aber in l. 9 § 1 cit. „condictionem" in „vindicationem" abändern; ebenso Huschke S. 184 fg. Auch Schwanert Naturalobl. S. 192 fg. sieht in dieser Aenderung das einzige Hülfsmittel, lehrt aber in der Sache, daß der Vater unter keinen Umständen ein obligatorisches Rückforderungsrecht habe.

[17] Uebereinstimmend Dueckers p. 122 sqq.; anders die herrschende Meinung. Es kommt hier auf folgende Stellen an. a) L. 9 pr. D. h. t. In dieser Stelle wird mit deutlichen Worten gesagt, daß Verpfändung für die Schuld die exc. SC[i] nur soweit ausschließe, wie das Pfand reiche. (S. übrigens auch Dernburg Pfandrecht I S. 548.) b) Es ist nicht abzusehen, weßwegen theilweise Zahlung eine weiter gehende Wirkung haben sollte, als theilweise Verpfändung; daher ist l. 7 § ult. D. h. t. („Si paterfamilias factus solverit partem debiti, cessabit SC[um], nec solutum repetere potest") davon zu verstehen, daß das SC[um] eben für das Gezahlte wegfalle, und in l. 9 pr. cit. statt „sed" zu lesen „sed et". Diese Erklärung wird theilweise auch von Solchen vertreten, welche sonst die Anerkennung schlechthin als Grund des Ausschlusses der Einrede zulassen, vgl. den Bericht bei Dietzel S. 132, Vangerow S. 455. c) L. 2 C. h. t. „Zenodorus si . . . suae potestatis constitutus novatione facta fidem suam obligavit vel alias agnovit debitum, non esse locum decreto amplissimi ordinis rationis est". Es ist nicht nothwendig, unter der hier genannten Anerkennung eine andere Anerkennung zu verstehen, als eine solche, wie sie auch in der Novation liegt, d. h. Abschluß eines Rechtsgeschäftes, durch welches die Schuld als gültig behandelt wird, also Verpfändung, Erfüllungsversprechen, Bürgschaftsbestellung. Diese Rechtsgeschäfte, soll gesagt werden, sind gültig (wegen der zu Grunde liegenden natürlichen Verbindlichkeit); es soll nicht gesagt werden, daß sie auch über sich selbst hinaus wirken und auch denjenigen

der Dauer der väterlichen Gewalt ist unverbindlich[18]. — Die Einrede gilt ferner nicht gegenüber dem Recht auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[19].

2. Die Leihe*.

a. Das Leihen im engeren Sinn**.

α. Begriff.

§ 374.

Eine Sache leihen heißt: Jemandem eine Sache hingeben mit Einräumung der Befugniß, sie in gewisser Weise, und zwar unentgeltlich, zu gebrauchen[1], und mit Auferlegung der Verpflichtung, sie nach gemachtem Gebrauch zurückzugeben. Durch die Annahme der geliehenen Sache kommt ein Vertrag zu Stande[2], der Leihvertrag.

Theil der Schuld einforderbar machen, welcher durch sie nicht gedeckt wird. Vgl. für diesen Sinn von agnoscere l. 64 D. de cond. ind. 12. 6. — Mandry S. 490 fg. will auch vertragsmäßigen Verzicht nicht anerkennen, sondern glaubt, daß die Einrede nur durch ein auf Grund der vorhandenen Obligation abgeschlossenes anderweitiges Rechtsgeschäft, wie in den zuvor genannten Stellen, verloren werde. S. auch Huschke S. 192 fg. — Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 275—277.

[18] So wird allgemein gelehrt, und unzweifelbar richtig für den Fall, wo der Verzicht sogleich bei der Darlehnsaufnahme ausgesprochen wird. Wollte man einen solchen Verzicht zulassen, so würde man damit gegen die Absicht des Senatsbeschlusses verstoßen; Schuldner von der Art, wie der Senat sie im Sinne hat, werden, um ein Darlehn zu erlangen, sofort zu einem Verzichte bereit sein. Dagegen ist nicht unzweifelhaft die Unverbindlichkeit des Verzichtes, welcher nach der Darlehnsaufnahme ausgesprochen wird. Wenn das Hauskind dem Gläubiger schenkungsweise direct 100 versprechen wollte, so wäre das Versprechen unbedingt gültig: warum sollte es ungültig sein, wenn das Hauskind dem Gläubiger verspricht, gegen seine Darlehnsforderung von 100 eine ihm zustehende Einrede nicht geltend machen zu wollen? Dennoch wird man auch in Beziehung auf diesen Verzicht bei der herrschenden Meinung stehen bleiben müssen wegen l. 2 C. h. t. Das argumentum a contrario (aus „suae potestatis factus") ist in dieser Stelle bei der Vollständigkeit, womit dieselbe offenbar die Fälle des Wegfalls der exc. SCi aufzuzählen sich bemüht, kaum abzulehnen. Ist aber selbst das erneute Versprechen des Verschuldeten für das Hauskind unverbindlich, so ist es gewiß der einfache Verzicht auf seine Einrede.

[19] L. 11 § 7 D. de min. 4. 4.

* G. E. Schmidt das commodatum und precarium (1841). Kritz Pandektenrecht Th. I Bd. 1 S. 385—460 (1837).

** Dig. 13. 6 commodati vel contra. Cod. 4. 23 de commodato. — Glück XIII S. 246—474; Unterholzner II S. 552—560, Sintenis II S. 547—551, Brinz 2. Aufl. II § 316, [Dernburg II § 90].

[1] Der Hingebende bleibt Eigenthümer; ja er behält den juristischen Besitz, da der Empfänger in seinem Namen besitzt (I § 155 Note 3). L. 8. 9 D. h. t., l. 3 § 20 D. de A. v. A. P. 41. 2. § 374.

[2] Der Leihvertrag ist ein Realvertrag. § 2 I. quib. mod. re 3. 14. „Item

1. Geliehen werden kann Alles, was durch den Gebrauch, zu welchem es hingegeben wird, nicht aufgebraucht wird, wenngleich es im Verkehr gewöhnlich nur als Verbrauchssache in Betracht kommt[3]. Geliehen werden kann ferner das Unbewegliche sowohl, wie das Bewegliche[4]. Auch das thut der Gültigkeit des Vertrags keinen Eintrag, daß die geliehene Sache nicht im Eigenthum des Leihenden steht[5]; steht sie dagegen im Eigenthum des Empfängers selbst, so ist der Leihvertrag nur dann gültig, wenn sie als Sache des Empfängers geliehen worden ist[6], nicht wenn dieser über sein Eigenthum im Irrthum war[7]. Ebenso hört die Verbindlichkeit des Empfängers auf, wenn derselbe hinterher das Eigenthum der geliehenen Sache erwirbt[8].

2. Der Gebrauch, zu welchem die Sache hingegeben wird, kann ein mehr oder minder umfassender sein; er kann im Vertrage ausdrücklich bezeichnet sein oder sich aus den Umständen als gewollt ergeben[9].

3. Unentgeltlichkeit des Gebrauchs ist dem Leihvertrage wesentlich. Ist eine Gegenleistung bedungen, so liegt ein Miethvertrag, oder, wenn die Gegenleistung nicht in Geld besteht, ein unbenannter Vertrag vor[10].

---

is, cui res aliqua utenda datur i. e. commodatur, re obligatur". L. 1 § 3 D. de O. et A. 44. 7.

[3] L. 3 § 6 l. 4 D. h. t. „Non potest commodari id, quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat. Saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant". L. 18 § 1 D. de R. C. 12. 1.

[4] Ob es mit dem Sprachgebrauch des Lebens vereinbar ist, von „Leihen" eines Grundstückes zu reden, kann bei uns ebenso bezweifelt werden, wie es bei den Römern in Betreff des Ausdrucks „commodare" bezweifelt wurde. Jedenfalls aber gelten für die Einräumung des Gebrauchs eines Grundstücks dieselben rechtlichen Grundsätze, wie für die Einräumung des Gebrauchs einer beweglichen Sache. L. 1 § 1 D. h. t., l. 17 pr. D. de praescr. verb. 19. 5. Seuff. Arch. XXXVII. 305. — Leihen unkörperlicher Sachen? Schmidt a. a. O. S. 117 fg., Sintenis II § 111 Anm. 1.

[5] L. 15. 16 D. h. t.

[6] Arg. l. 28 D. de A. v. A. P. 41. 2.

[7] L. 15 D. dep. 16. 3. Vgl. l. 45 pr. D. de R. I. 50. 17.

[8] Vgl. l. 20 § 3 l. 29 D. de pign. act. 13. 7, l. 9 § 6 D. loc. 19. 2.

[9] Vgl. l. 3 § 6 l. 5 § 7. 8. 12 l. 10 pr. D. h. t., l. 77 [76] pr. D. de furt. 47. 2, § 7 I. de obl. quae ex del. 4. 1. Kritz Samml. von Rechtsfällen I S. 189 fg. Pandektenrecht Th. I Bd. 3 S. 387 fg. Dagegen Schmidt a. a. O. S. 157—181, welcher auszuführen sucht, daß ausdrückliche Bestimmung des Gebrauchs zum Wesen des Commodats gehöre. S. darüber Vangerow III § 691 Anm. Nr. VI, Sintenis II S. 547 fg. Anm. 1 a. E.

[10] § 2 i. f. I. quib. mod. re 3. 14, l. 5 § 12 D. h. t., l. 17 § 3 D. de praescr. verb. 19. 5.

β. Verpflichtungen.

§ 375.

Die Verpflichtungen aus dem Leihvertrag stehen unter keiner Rechtsregel, welche die Entscheidung für jeden einzelnen Fall unmittelbar an die Hand gäbe. Vielmehr hat der Richter den Inhalt der Verpflichtungen der Parteien in jedem einzelnen Fall mit Rücksicht auf die allgemeine und besondere Intention des Geschäfts nach seinem Ermessen zu bestimmen[1]. Die Hauptpunkte sind folgende.

1. Die Hauptverpflichtung[2] aus dem Leihvertrage ist die des Empfängers auf Rückgabe der geliehenen Sache[3]. Dieser Verpflichtung kann sich der Empfänger auch durch Berufung auf sein Eigenthumsrecht nicht entziehen, wenn der Leihende dasselbe bestreitet; der Empfänger muß die Sache herausgeben und sein Eigenthumsrecht in einem besonderen Processe geltend machen[3a]. Mit der Sache selbst muß alle Zubehörung zurückgegeben werden, mit welcher sie geliehen worden ist[4]; ebenso was der Empfänger von derselben an Gewinn gezogen hat[5]. Kann der Empfänger die geliehene Sache nicht zurückgeben, oder kann er sie nicht in unbeschädigtem Zustand zurückgeben[6], so haftet er auf Schadensersatz nicht bloß wenn diese Unmöglichkeit in seiner Arglist, sondern auch wenn sie in seiner Nachlässigkeit[7] ihren Grund hat[8], es müßte denn ausnahmsweise der Vertrag nicht in

---

[1] Der römische Ausdruck dieses Satzes ist, daß die actio commodati eine actio bonae fidei ist, § 28 I. de act. 4. 6. Vgl. I § 46 Note 4. § 375.

[2] Actio commodati directa.

[3] L. 2 pr. D. de R. C. 12. 1. „Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus; alioquin commodatum erit aut depositum". — Im Zweifel wird als Wille der Parteien anzunehmen sein, daß der Empfänger die Sache zurückbringen müsse. S. § 282 Note 4.

[3a] Arg. l. 25 C. de loc. 4. 65 (vgl. § 400 Note 18). Gilt der bezeichnete Satz für den Miethvertrag, so muß er um so mehr für den Leihvertrag gelten.

[4] L. 5 § 9. 13 D. h. t., l. 14 § 15 D. de furt. 47. 2.

[5] L. 38 § 10 D. de usur. 22. 1, l. 14 § 15 D. de furt. 47. 2. Ueber l. 22 pr. — § 3 C. eod. 6. 2 (vgl. § 327 Note 12) s. Ihering Abhandlungen S. 48—50, Mommsen Erörterungen I S. 93. 94.

[6] L. 3 § 1 D. h. t. „Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videtur reddita, quae deterior facta redditur, nisi quod interest praestetur; proprie enim dicitur res non reddita quae deterior redditur".

[7] Gewöhnliche, unqualificirte Nachlässigkeit, levis culpa (§ 265 Note 8).

[8] L. 5 § 2. 15 l. 10 pr. l. 18 pr. D. h. t., l. 1 § 4 D. de O. et A. 44. 7, § 2 I. quib. mod. re 3. 14. Vgl. l. 5 § 4—7. 9. 13. 14 l. 12 § 1 l. 19 l. 20 l. 23 D. h. t. — Baron Arch. für civ. Pr. LII S. 65 fg. ist der Ansicht, der Empfänger sei verpflichtet zu gesteigerter Obhut (custodia im technischen Sinne, § 264 Note 9 lit. f). Diese Ansicht ist aber nicht genügend begründet. Was die Gleichstellung des Commodatars mit dem fullo und sarcinator in § 16 I. de

seinem, sondern in des Leihenden Interesse abgeschlossen worden sein[9]. Wegen Zufalls haftet der Empfänger nur, wenn es ausgemacht worden ist[10], oder im Falle der Unterschlagung[10a]. — Was die Zeit der Rückgabe angeht, so ist der Empfänger weder verpflichtet, die Sache vor der im Vertrage festgesetzten Zeit, noch wenn eine Zeit nicht festgesetzt worden ist, vor gemachtem Gebrauch zurückzugeben[11]. Anders

obl. quae ex del. 4. 1 angeht, s. § 401 Note 2, l. 10. 11 D. h. t. (in l. 10 will Baron am Schluß „culpam" in „custodiam" emendiren, ohne l. 11, welche diese Emendation unmöglich macht, zu beachten) und l. 20 D. h. t. (wo Baron damnum fatale annimmt, während doch der Commodatar die Sache aus der Hand gelassen hat — vgl. auch Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. XVI S. 316). Darüber, daß die exactissima diligentia der l. 1 § 4 D. de O. et A. 44. 7 und der diligentissimus paterfamilias der l. 18 pr. D. h. t., so wie das damnum fatale und ähnliche Ausdrücke dieser Stellen und der l. 5 § 4 D. h. t. nicht für Baron's Ansicht beweisen, s. § 264 Note 9 lit. f. L. 5 § 13 D. h. t. ist, wie das Folgende zeigt, nicht von einer culpa servi, sondern von einer culpa des Commodatars zu verstehen. Für das ältere römische Recht theilt die Ansicht Baron's Pernice Labeo II S. 353 fg.

[9] L. 5 § 10 D. h. t.: — „si sua duntaxat causa commodavit, sponsae forte suae vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scenicis commodavit . .". L. 10 § 1 l. 12 pr. eod. Ueber l. 18 pr. i. f. D. h. t. s. Hasse Culpa § 47, Sintenis II § 111 Anm. 16, Dernburg Pfandrecht I S. 151.

[10] L. 1 C. h. t., l. 21 § 1 D. h. t. Dahin gehört auch der Fall, wenn die Sache gegen eine Taxe in dem Sinne hingegeben worden ist, daß entweder die Sache oder die Taxe zurückgegeben werden müsse. L. 5 § 3 D. h. t., vgl. l. 7 § 5 i. f. D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Chambon Beiträge S. 15 fg., Ihering Jahrb. f. Dogm. XV S. 389 fg. — Daß der Empfänger bei zufälligem Verlust oder zufälliger Beschädigung auch dann Ersatz geben muß, wenn der Zufall die Folge eines Gebrauches gewesen ist, welchen er von der Sache unbefugter Weise und wissend, daß er dazu nicht befugt sei, gemacht hat (l. 5 § 7 D. h. t., l. 1 § 4 D. de O. et A. 44. 7, § 2 I. quib. mod. re 3. 14), ist keine Ausnahme von dem Satz, daß der Empfänger nur wegen Schuld haftet. Es ist in der That seine Schuld, aus welcher er hier in Anspruch genommen wird, nämlich der wissentlich unrechtmäßige Gebrauch der Sache; nur wird nicht eine directe, sondern eine indirecte Folge dieser Verschuldung gegen ihn geltend gemacht; die Sache würde ohne den unrechtmäßigen Gebrauch von dem Zufall nicht betroffen worden sein. Uebrigens fällt ein wissentlich unrechtmäßiger Gebrauch der Sache auch unter den Begriff der Entwendung (furtum). L. 5 § 8 D. h. t., l. 16 D. de cond. furt. 13. 1, § 6. 7 I. de obl. quae ex del. 4. 1.

[10a] Furtum rei. Der Empfänger haftet in diesem Fall nach den Regeln der condictio furtiva (§ 425) auch für denjenigen Zufall, welcher mit dem furtum in keinem Causalzusammenhang steht. Arg. l. 1 § 25 D. dep. 16. 3 (§ 378 Note 8a).

[11] L. 5 pr. l. 17 § 3 D. h. t., c. un. X. de commod. 3. 15. L. 17 § 3 cit. „Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare: ita modum commodati finemque praescribere eius est, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, i. e. postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre, non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque,

nur: a) wenn er die Sache mißbraucht[12]; b) wenn der Leihende die Sache selbst dringend bedarf, und für den Empfänger kein unverhältnißmäßiger Nachtheil mit der sofortigen Rückgabe verbunden ist.[13]

2. Möglicherweise kann aus dem Leihvertrag auch ein Anspruch zu Gunsten des Empfängers gegen den Leihenden begründet sein, namentlich[14] wegen nothwendiger außergewöhnlicher Verwendungen[15], ferner wegen des durch die geliehene Sache angerichteten Schadens, wobei der Leihende, wenn nicht ausnahmsweise der Vertrag in seinem Interesse abgeschlossen worden ist, nur wegen Arglist haftet[16]. Der Empfänger kann seine Gegenansprüche durch Retention der Rückforderung des Leihenden gegenüber (§ 351) oder auch durch besondere Klage geltend machen[17].

b. Das Precarium.

§ 376.

Vom eigentlichen Leihen sind solche Fälle zu unterscheiden, in denen eine Sache zum Gebrauch hingegeben wird, ohne daß der Leihende sich irgendwie binden will, aber auch ohne daß er gemeint

---

geritur enim negotium invicem; et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles". Beispiele im Verfolg der Stelle. Schmidt a. a. O. S. 184 fg.

[12] Arg. l. 3 C. de loc. 4. 65.

[13] S. Unterholzner S. 555, welcher in Note g bemerkt: „Wegen dieser Billigkeitsaufnahme dürfte nicht so fast auf l. 3 C. de loc. 4. 65 Bezug zu nehmen sein (denn es ist schwerlich anzunehmen, daß dort gemeint ist, man dürfe den Miether ohne allen Ersatz austreiben, wenn man die Wohnung selbst gebraucht), als auf das, was die bona fides, wie man diese beim commodatum zu denken hat, mit sich bringt". S. auch Sintenis § 111 Note 7; aber auch Schmidt S. 185.

[14] S. außerdem l. 17 § 3 D. h. t., l. 17 § 5 eod. (vgl. l. 2 D. de cond. sine causa 12. 7), l. 21 pr. eod.

[15] L. 18 § 2 D. h. t. „Possunt iustae causae intervenire, ex quibus cum eo, qui commodasset, agi deberet, velut de impensis in valetudinem servi factis, quaeve post fugam requirendi reducendive eius causa factae essent; nam cibariorum impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinet, qui utendum accepisset. Sed et id quod de impensis valetudinis aut fugae diximus, ad maiores impensas pertinere debet; modica enim impendia verius est ut sicut cibariorum ad eundem pertineant". L. 15 § 2 l. 60 [59] D. de furt. 47. 2, Paul. sentent. II. 4 § 1.

[16] L. 17 § 3 l. 18 § 3 l. 22 D. h. t., l. 62 [61] § 6 D. de furt. 47. 2.

[17] Actio commodati contraria. L. 18 § 4 D. h. t., l. 15 § 2 l. 60 [59] D. de furt. 47. 2.

* Dig. 43. 26 de precario. Cod. 8. 9 de precario et Salviano interdicto. — Vom Precarium handelt außer der zu § 374 bezeichneten Schrift von G. E. Schmidt: Bulling das Precarium (1846). Ferner die Aufsätze von

ist, seinerseits dem Empfänger eine weiter gehende Verpflichtung aufzuerlegen, als diejenige, welche sich von selbst versteht, nämlich die Verpflichtung zur Rückgabe des Empfangenen. Unter Gebrauch ist hier Gebrauch im weiteren Sinne zu verstehen; der Fruchtgenuß ist nicht ausgeschlossen. Es liegt in einer solchen Hingabe eine Diensterweisung, von welcher die Parteien nicht wollen, daß an sie der strenge juristische Maßstab angelegt werde. An einer Bezeichnung, durch welche ihre Eigenthümlichkeit, und namentlich ihr Gegensatz zum eigentlichen Leihvertrag, hervorgehoben würde, fehlt es der deutschen Sprache[1]; die Römer haben dafür den in der Ueberschrift genannten Ausdruck[2].

Dankwardt Jahrb. für Dogm. XIV S. 284 fg. (1875) und von Ubbelohde Arch. f. civ. Pr. LIX S. 221 fg. (1876). Scialoja Sopra il precarium nel diritto romano. Roma 1878. Unterholzner II S. 564—568, Sintenis II S. 551—556, Vangerow III § 691 Anm., [Dernburg II § 91]. S. auch Randa der Besitz nach österr. Recht § 25 hinter Note 8a (vgl. I § 154 Note 4), Degenkolb Platzrecht und Miethe S. 170 fg., Lenel Jahrb. für Dogm. XIX S. 207 fg., [Ihering Besitzwille S. 389 fg.].

§ 376. [1] Bittvertrag? Bittleihe? Bittbesitz? Vergünstigung?

[2] Die Römer haben das Precarium ursprünglich gar nicht als Vertrag behandelt. Der Empfänger haftete ursprünglich bei verweigerter Zurückgabe lediglich weil er die Sache precario hatte (interdictum de precario, I § 160 Ziff. 2), nicht weil er ihre Rückgabe versprochen hatte. Jene Seite des Schutzes des Hingebenden tritt in unseren Quellen sehr entschieden in den Vordergrund; nur in sehr wenigen Stellen wird die Vertragsnatur des Verhältnisses betont. S. Note 3 und vgl. l. 14 D. h. t., l. 14 § 11 D. de furt. 47. 2. Nach einer anderen Meinung ist das römische Recht nie dazu fortgeschritten, das precarium als Vertrag anzuerkennen. Savigny Besitz § 42, Brinz 2. Aufl. I S. 754, Dankwardt a. a. O. § 4. 22, Ubbelohde a. a. O. S. 225 fg. 241 fg. Vgl. Note 3. — Das Precarium wird in den Quellen dargestellt als eigentlich berechnet auf unbewegliche Sachen, und als nur später auf bewegliche Sachen ausgedehnt. L. 4 pr. D. h. t. „In rebus etiam mobilibus precarii rogatio constitit". Vgl. Isidori orig. V. 25.' „Precarium est, dum creditor rogatus permittit debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere". Dieß unterstützt wesentlich die von Niebuhr aufgestellte Vermuthung, daß das Precarium ursprünglich die Form des Lehnsverhältnisses zwischen dem Patron und dem Clienten in Betreff des auf dem ager publicus verliehenen Bauerngutes gewesen sei. Vgl. Savigny Besitz S. 562 fg. (463 fg.). Praktische Anwendungen, in denen das Precarium in unseren Quellen erscheint, sind folgende: der Faustpfandgläubiger (ursprünglich der creditor fiduciarius, Gai. II. 60, Isidor. l. c.) gibt einstweilen dem Verpfänder den Besitz und Genuß der verpfändeten Sache zurück, l. 6 § 4 l. 11 D. h. t. (vgl. Dernburg Pfandr. II S. 77—79. 81—85, auch Degenkolb a. a. O. S. 177 fg.); der Verkäufer überläßt vorläufig, bis zur Bezahlung des Kaufpreises, oder bis es sich entscheidet, ob der Kauf definitiven Bestand hat, dem Käufer den Besitz und Genuß der Kaufsache, l. 20 D. h. t., l. 13 § 21 D. de A. E. V. 19. 1, l. 11 § 12 D. quod vi aut. clam. 43. 24. — Es ist behauptet worden, daß die römische Unterscheidung zwischen precarium und commodatum lediglich auf historischen Gründen beruhe, und daß

Nach dem Gesagten geht die Verpflichtung des Empfängers[3] lediglich auf Rückgabe der Sache; Verweigerung der Rückgabe bis zum Urtheil zieht Verurtheilung auf das Doppelte nach sich[4]. Hat der Empfänger die Sache nicht mehr, so haftet er wegen Arglist, weil wegen Arglist Jedermann, auch abgesehen von allem contractlichen Verhältniß, haftet; aber zur Vermeidung von Nachlässigkeit ist er nicht verpflichtet[5]. Von der anderen Seite muß er die Sache zurückgeben,

---

ihr daher für das heutige Recht keinerlei Bedeutung mehr zukomme; so namentlich von Kritz Sammlung von Rechtsfällen I Nr. 14 und Pandektenrecht I Bd. 2 S. 429 fg. Hauptsächlich gegen diese Ausführungen ist das Buch von G. E. Schmidt (§ 374*) gerichtet; s. ferner Vangerow a. a. O. Nr. VI und neuestens Randa a. a. O. § 25 Note 10, Wächter II S. 443. Ist das im Texte Gesagte [was Bähr Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 295 Note 60 nicht gelesen hat] richtig, so besteht ein Unterschied im Gedanken zwischen precarium und commodatum, welcher für uns gerade so lebendig ist, wie er für die Römer war, obgleich es unter Umständen schwer genug sein mag, in einem gegebenen Fall zu bestimmen, ob die Parteien das eine oder das andere Rechtsverhältniß gemeint haben. Uebertreibung aber ist es, wenn Schmidt a. a. O. S. 100 das Precarium für ein „rein factisches Verhältniß" erklärt, welches erst durch die gerichtliche Belangung des Empfängers zum Rechtsverhältniß werde. Seuff. Arch. XXXIII. 219. — Dankwardt und Ubbelohde a. a. OO. sehen das Wesen des precarium darin, daß nach der Meinung der Parteien das Hingegebene dauernd beim Empfänger bleiben solle; die Rückforderung erscheine als „etwas Zufälliges" (Ubbelohde S. 247). Dagegen beweist, daß ein precarium auch auf Zeit gegeben werden kann (l. 4 § 4 l. 5. 6 pr. D. h. t.); wie sich die genannten Schriftsteller gegen dieses Argument vertheidigen, wird man bei ihnen selbst nachlesen müssen (Dankwardt S. 300, Ubbelohde S. 248). — Erfüllung einer Verpflichtung kann nie precarium sein: Seuff. Arch. XXV. 524.

[3] Actio praescriptis verbis. L. 2 § 2 D. h. t., l. 23 D. de R. I. 50. 17, Paul. sentent. V. 6 § 10. Brinz I S. 754, Dankwardt § 22, Ubbelohde S. 241 erklären diese actio praescriptis verbis für eine condictio sine causa. Aber es heißt von ihr in l. 2 § 2 D. h. t.: „ex bona fide oritur", was doch kaum anders verstanden werden kann, als daß sie eine bonae fidei actio sei, und Paulus in der citirten Stelle seiner sententiae sagt: civilis actio huius rei sicut commodati competit". Allerdings heißt es andererseits in l. 19 § 2 D. h. t. geradezu: „incerti condictione, id est praescriptis verbis"; aber dieser Zusatz klingt außerordentlich verdächtig. [Lenel Edictum perp. S. 123. Gradenwitz S. 128 fg. Dernburg II § 91 Note 11. Die beiden zuletzt genannten Schriftsteller glauben, daß die actio praescriptis verbis in die Pandekten nur durch Interpretation gekommen sei. Auf die Stelle des Paulus nehmen sie keine Rücksicht.]

[4] L. 10 C. unde vi 8. 4, l. 33 C. de loc. 4. 65 (§ 263 Note 10. 15).

[5] Daß dieß nicht bloß für das interdictum de precario gilt (l. 2 D. h. t.), sondern auch für die Vertragsklage, zeigt l. 23 D. de R. I. 50. 17. „Contractus quidam dolum malum tantum recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum depositum et precarium . .". Culpa lata steht aber dem dolus gleich, schon beim interdictum de precario (l. 8 § 3. 5 D. h. t.), um so mehr hier. A. M. Wächter II S. 441 [und für das heutige Recht Dernburg II § 91 a. E.].

sobald der Hingebende es verlangt; selbst wenn über die Zeit der Rückgabe eine Bestimmung getroffen worden ist, darf dieß nicht so ausgelegt werden, als habe dadurch dem Empfänger ein irgendwelches Recht zum Behalten eingeräumt werden sollen[6]. Ebensowenig hat der Empfänger einen Anspruch auf Ersatz von Verwendungen, oder auf Ersatz von Schaden, der ihm etwa durch die hingegebene Sache verursacht worden ist[7].

Für das Precarium von Sachen, die nicht im Eigenthum des Gebers oder die im Eigenthum des Empfängers stehen, gilt das Gleiche, wie beim Leihvertrag (§ 374 Ziff. 1 a. E., § 375 Note 3a)[8].

3. Die Hinterlegung*.

a. Regelmäßiger Fall.

α. Begriff.

§ 377.

Eine Sache hinterlegen (deponiren) heißt: sie einem Andern in Verwahrung geben[1], ohne daß demselben für den Raum, welchen er zur Verfügung stellt, eine Vergeltung gewährt wird. Ist dieses Letztere der Fall, so liegt ein anderes Geschäft vor[2]. Durch die Annahme der hinterlegten Sache kommt der Hinterlegungsvertrag zu Stande[3].

---

6 L. 1 pr. § 2 l. 2 § 2 l. 15 pr. D. h. t.; l. 12 pr. eod. Seuff. Arch. XXXV. 20.

7 Es ist nirgends in unseren Quellen von solchen Gegenansprüchen die Rede.

8 L. 4 § 3 l. 6 § 4 D. h. t., l. 1 § 11 D. de itin. 43. 19, l. 23 D. de R. I. 50. 17.

* Dig. 16. 3, Cod. 4. 34 depositi vel contra. — Glück XV S. 137—238; Unterholzner II S. 659—673, Sintenis II § 112, Brinz 2. Aufl. II § 369, [Dernburg II § 92]. Der Aufsatz von Asher Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XXII S. 266 fg. ist rechtsgeschichtlichen Inhalts; vgl. im Uebrigen Arndts in Haimerl's VJSchr. XVII Nr. 8.

§ 377. 1 L. 1 pr. D. h. t. „Depositum est, quod custodiendum alicui datum est". Das ist aber nicht so zu verstehen, als wenn der Empfänger die Verpflichtung zur Bewahrung der Sache, zu einer besonderen Bewahrungsthätigkeit, übernähme; er verpflichtet sich bloß seinen Raum zu dem Ende zu gewähren, damit die Sache in demselben bewahrt sei. L. 1 § 12 D. h. t. „Quodsi rem tibi dedi, ut . . . tu custodires . . videndum est, utrum depositi tantum, an et mandati actio sit. Et Pomponius dubitat. Puto tamen, mandati esse actionem: quia plenius fuit mandatum, habens et custodiae legem". [Seuff. Arch. XLV. 14.]

2 L. 1 § 8—10 D. h. t.

3 Der Hinterlegungsvertrag ist ein Realvertrag. L. 1 § 5 D. de O. et A. 44. 7, § 3 I. quib. mod. re 3. 14. — Dieß leugnet für das heutige Recht Unger Jahrb. f. Dogm. XIII S. 16 fg.; nach heutigem Recht sei der Hinterlegungsvertrag Consensualvertrag. Unger übersieht, daß in der unendlichen

Die Hinterlegung setzt eine bewegliche Sache voraus[4]; im Uebrigen ist es gleichgültig, von welcher Art die hinterlegte Sache ist. Für den Fall, wo nicht eine eigene Sache des Hinterlegenden oder eine eigene Sache des Empfängers hinterlegt wird, gilt das Gleiche, wie beim Leihvertrag (§ 374 Ziff. 1 a. E.)[5].

β. Verpflichtungen.

§ 378.

Der Hinterlegungsvertrag steht so wenig, wie der Leihvertrag, unter einer alles Einzelne genau normirenden Rechtsregel; in letzter Linie entscheidet auch hier, auf Grundlage der Intention des Geschäftes, das Ermessen des Richters[1]. Die Hauptpunkte sind folgende.

1. Die Hauptverpflichtung aus dem Hinterlegungsvertrag[2] ist die des Empfängers auf Rückgabe der hinterlegten Sache. Dieser Verpflichtung kann der Empfänger auch durch Berufung auf sein Eigenthumsrecht an der Sache, wenn dasselbe vom Gegner bestritten wird, nicht entgehen; er muß die Sache herausgeben und sein Eigenthumsrecht in einem besonderen Processe geltend machen[3]. Kann er die hinterlegte Sache nicht zurückgeben, oder kann er sie nicht in unbeschädigtem Zustande zurückgeben[4], so haftet er nur wegen Arg-

---

Mehrzahl der Fälle die Parteien eine Verpflichtung des Empfängers nicht vor dem wirklichen Empfange wollen. Einen auf Inverwahrungnehmen gerichteten Vertrag halte auch ich für einen Consensualvertrag, nicht bloß was die Verpflichtung zum Inverwahrungnehmen, sondern auch was die Verpflichtung zur Rückgabe angeht. — Derjenige, bei welchem hinterlegt wird, heißt in den Quellen depositarius (während der Ausdruck commodatarius nicht quellenmäßig ist). Der Ausdruck depositarius wird aber auch zur Bezeichnung des Hinterlegenden gebraucht, l. 7 § 2. 3 D. h. t.

[4] Dieß folgt aus dem Begriff der Hinterlegung. Man kann eine unbewegliche Sache bewachen; aber man kann ihr nicht zum Zwecke des Bewahrtseins seinen Raum gewähren. Vgl. Sintenis a. a. O. Note 8.

[5] L. 1 § 39 l. 31 § 1 D. h. t. (vgl. Nov. 88 c. 1); l. 15 eod., l. 45 pr. D. de R. I. 50. 17.

[1] Die actio depositi ist actio bonae fidei, § 28 I. de act. 4. 6, l. 1 § 23 D. h. t. § 378.

[2] Actio depositi directa.

[3] L. 11 C. h. t. (*vv.* actiones personales vel in rem). [A. M. Dernburg II § 92 Note 21 (22). Das RG. Entsch. XV S. 208 erkennt den im Text aufgestellten Satz ausdrücklich an, und macht nur eine sehr berechtigte Ausnahme für den Fall, daß der Empfänger behauptet, die hinterlegte Sache nach der Hinterlegung von dem Hinterlegenden erworben zu haben, weil darin eine vertragsmäßige Aufhebung des Hinterlegungsvertrages liege.]

[4] L. 1 § 16 D. h. t. „Si res deposita deterior reddatur, quasi non reddita agi depositi potest.“

list[4a], nicht wegen Nachlässigkeit[5]; es müßte denn ausnahmsweise die Hinterlegung in seinem Interesse geschehen sein[6], oder er müßte sich zur Hinterlegung zugedrängt[7], oder die Verhaftung für Nachlässigkeit vertragsmäßig übernommen[8], oder sich einer Unterschlagung schuldig gemacht haben[8a]. Mit der hinterlegten Sache muß natürlich alle Zubehörung, mit welcher sie hinterlegt worden ist, zurückgegeben werden[9]; ebenso was sie etwa bei dem Empfänger an Frucht getragen hat[10]. Die Rückgabe muß erfolgen, sobald der Hinterlegende sie verlangt; eine bei dem Vertrage hinzugefügte Zeitbestimmung hat nicht den Sinn, daß der Empfänger die Sache bis zu der bezeichneten Zeit behalten dürfe[11]. Ist die Hinterlegung zur Zeit eines Nothstandes erfolgt[12], so geht die Verurtheilung auf das Doppelte[13].[14]

[[4a] Seuff. Arch. XLV. 11 (RG.): der Empfänger läßt die hinterlegte Sache wegen einer ihm gegen den Deponenten zustehenden Forderung pfänden.]

[5] L. 1 § 10 l. 32 D. h. t. und öfter das., l. 1 C. eod.; Coll. X. 2 § 1. 4. 7 § 6. Unterholzner S. 666: „Dieß ist natürlich, da in dem Verhältniß nichts liegt, woraus die Verbindlichkeit zu einer eigentlichen Sorgfalt abgeleitet werden könnte, und auch die Billigkeit nicht verlangt, daß Jemand, der aus einem Geschäft keinen Vortheil zieht, weiter als wegen Gewissenlosigkeit hafte". L. 5 § 2 D. commod. 13. 6, l. 17 § 2 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 1 § 5 D. de O. et A. 44. 7. Vgl. auch Ihering das Schuldmoment im röm. Privatrecht S. 30 fg. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1867 S. 1017 fg.

[6] Vgl. l. 4 pr. D. de R. C. 12. 1. In dem von dieser Stelle behandelten Fall (Hinterlegung einer Geldsumme, damit der Empfänger sie im Fall des Bedürfnisses als Darlehn benützen könne) soll der Empfänger sogar wegen Zufalls haften.

[7] L. 1 § 35 D. h. t. Vgl. auch Seuff. Arch. V. 135.

[8] L. 1 § 6. 35 D. l. 1 C. h. t. Sogar Verhaftung wegen Zufalls kann ohne Verletzung des Wesens des Vertrages vertragsmäßig übernommen werden, l. 7 § 15 D. de pact. 2. 14. Verhaftung wegen Zufalls, wenn derselbe erst in Folge arglistigen Verhaltens die Sache betroffen hat, versteht sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst (§ 375 Note 10).

[8a] L. 1 § 25 D. h. t. „Si rem depositam vendidisti, eamque postea redemisti in causam depositi, etiamsi sine dolo malo postea perierit, teneri te depositi, quia semel dolo fecisti, cum venderes". Vgl. § 375 Note 10a: auch Ihering a. a. O. S. 31 Note 62.

[9] Ueber l. 1 § 5 D. h. t. s. Unterholzner § 661. a, Sintenis Anm. 18, Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 35. S. auch l. 1 § 41 D. h. t.

[10] L. 38 § 10 D. de usur. 22. 1, l. 1 § 24 l. 28 D. h. t. Auch den Nutzen, welchen der Empfänger durch eigene Benützung der hinterlegten Sache zieht, muß er herausgeben. L. 28 D. l. 3. 4 C. h. t.

[11] L. 11 i. pr. C. h. t., l. 1 § 22. 45. 46 D. h. t.

[12] S. g. depositum miserabile.

[13] L. 1 § 1—4 l. 18 D. h. t., § 17 I. de act. 4. 6. Vgl. § 263 Note 9. 15. Vgl. noch Paul. sentent. II. 12 § 11. „Ex causa depositi lege XII tabb. in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum". Vgl. Arndts (cit. bei § 377*) S. 191 fg., Ihering a. a. O. S. 32, Pernice Labeo I S. 433 fg., Ubbelohde zur Geschichte der benannten Realcontracte S. 34 fg., Eisele die

2. Möglicherweise kann auch ein Gegenanspruch des Empfängers gegen den Hinterlegenden begründet sein, namentlich wegen nothwendiger oder sonst dem Hinterlegenden zur Last fallender Verwendungen[15], ferner wegen des durch die hinterlegte Sache verursachten Schadens, wobei der Hinterlegende nicht bloß wegen Arglist, sondern auch wegen Nachlässigkeit haftet[16]. Der Gegenanspruch kann aber nur durch Klage[17], nicht durch Retention geltend gemacht werden[18].

b. **Besondere Fälle.**

α. S. g. depositum irregulare*.

§ 379.

Bei der Hinterlegung vertretbarer Sachen kann ausgemacht werden, daß der Empfänger Eigenthümer derselben werden und nur verpflichtet sein solle, eine gleiche Quantität gleicher Sachen zurückzugeben[1]. In diesem Fall trägt der Empfänger die Gefahr des Hinterlegten, hat aber dafür auch den Vortheil des Gebrauchs, ohne daß jedoch Ausbedingung einer Zinsvergütung für diesen Vortheil

---

materielle Grundlage der Exceptio S. 141 fg. [Oertmann die Fiducia im röm. Privatr. S. 141 fg.]

[14] Inwiefern haftet aus gerichtlicher Hinterlegung der Staat? Vgl. § 347 Note 2d. Seuffert Pand. § 416 Note 4a.

[15] L. 23 l. 12 pr. D. h. t.

[16] L. 62 [61] § 5 D. de furt. 47. 2, vgl. l. 31 D. de pign. act. 13. 7. Mommsen Erörterungen II S. 58 fg. ist wegen l. 62 [61] § 5 cit. der Meinung, daß der Deponent auch ohne Nachlässigkeit hafte. Die Auslegung der genannten Stelle ist streitig und nicht zweifellos; doch glaube ich nicht, daß es nothwendig ist, sie in dem von Mommsen (und Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 37) vertretenen Sinn zu verstehen. Vgl. auch § 410 Note 18.

[17] Actio depositi contraria.

[18] L. 11 C. h. t. Vgl. Coll. X. 2 § 5 und Unterholzner § 660. o, Sintenis Anm. 28, Seuffert Pand. § 316 Note 16.

* Neustetel in Neustettel und Zimmern römisch-rechtliche Untersuchungen S. 1 fg. (1821). Schaffrath praktische Abhandlungen S. 97 fg. (1841). A. E. J. Schmid Arch. f. civ. Pr. XXX S. 77 fg. (1847). Heimbach Lehre vom Creditum S. 431 fg. (1849). Endemann Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 58 fg. (1861). Mühlhäuser Ueber Umfang und Geltung der dep. irregulare. (1879. Darüber Löwenfeld krit. VJSchr. XXII S. 311 fg.). Vangerow III § 630 Anm. (7. Aufl. 1869). [Th. Niemeyer Depositum irregulare. 1889. (Anzeige von Ludw. Goldschmidt Arch. f. bürg. R. III S. 112 fg.)]

[1] Die Neueren sprechen in diesem Fall von einem depositum irregulare. § 379.
— Der bezeichnete Vertrag kann auch stillschweigend abgeschlossen werden. L. 31 D. loc. 19. 2: — „si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solvere". Vgl. l. 25 § 1 D. h. t. Ueber l. 24 D. h. t. s. Vangerow Nr. II. 6, Brinz II. § 317 Note 11, [Niemeyer S. 30 fg., Dernburg 2. Aufl. II § 93 Note 2].

ausgeschlossen ist[2]. Von dem Darlehn unterscheidet sich[3] ein solches Geschäft durch die Verschiedenheit seiner Intention[4], und es steht daher auch im Einzelnen unter dem Recht nicht des Darlehns-, sondern des Hinterlegungsvertrages[5]. Wenn ausgemacht wird, daß der Empfänger nach seinem Belieben entweder das Hinterlegte oder eine gleiche Quantität gleicher Sachen zurückgeben könne, so liegt zunächst eine gewöhnliche Hinterlegung vor, die aber dadurch, daß der Empfänger das Hinterlegte als das Seinige zu behandeln anfängt, zu dem hier beschriebenen Geschäft wird[6].[7]

---

[2] L. 24 l. 26 § 1 l. 28 D. h. t. Vgl. l. 24 § 2 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 7 § 2 D. h. t. Seuff. Arch. XVI. 211. — Die Behauptung (Neustetel S. 11, Vangerow Nr. II, Endemann S. 59), daß der Empfänger auch ohne Versprechen Zinsen zahlen müsse, sobald er das empfangene Geld zu seinem Nutzen verwende, steht in Widerspruch mit l. 24 i. f. und l. 25 § 1 D. h. t., und wird weder durch das Wesen des Geschäfts gerechtfertigt, eben weil der Empfänger hier die Gefahr übernimmt, noch durch l. 29 § 1 D. h. t., in welcher Stelle mit Rücksicht auf l. 24 und l. 25 § 1 citt. kein anderer Sinn gefunden werden darf, als der, daß in dem in der Stelle bezeichneten Fall immer noch die actio depositi begründet, und daher eine Verurtheilung auf Zinsen an und für sich zulässig sei. Vgl. Note 5 und 6, und s. auch Schmid S. 85 fg. Seuff. Arch. XXXI. 28.

[3] Daß zwischen dem depositum irregulare und dem Darlehn ein Unterschied bestehe, ist nicht unbestritten. S. Vangerow a. a. O. z. A. Endemann S. 61 erklärt es sogar — freilich sehr mit Unrecht — für die gemeine Meinung, „daß beide Geschäfte in allen wesentlichen Punkten der rechtlichen Beurtheilung identisch sind". [Principiell gegen die Unterscheidung Niemeyer a. a. O. (röm. R.: S. 1 fg., heutiges R.: S. 79 fg.) Dagegen Dernburg 2. Aufl. II § 93 Note 2. Entsch. d. RG. XII S. 85.]

[4] Das Darlehn wird gegeben im Interesse des Empfängers, oder — beim verzinslichen Darlehn — im Interesse der Parteien; hinterlegt wird im Interesse des Hingebenden. [Seuff. Arch. XVI. 211.]

[5] Für die Römer war von besonderer Wichtigkeit, daß die actio depositi als actio bonae fidei Verurtheilung auf Zinsen aus formlosem Vertrag und aus Verzug zuließ. L. 4 C. h. t., l. 25 § 1 l. 26 § 1 l. 28 l. 29 § 1 D. h. t. Sodann infamirte die actio depositi, l. 1 D. de his qui not. 3. 2, sie genoß im Falle der Unverzinslichkeit ein Concursprivilegium (§ 271 Note 11), und es galt gegen dieselbe nicht die querela non numeratae pecuniae (§ 372 Note 14). Auch für das heutige Recht noch kommen in Betracht der Ausschluß der Compensation (§ 350 Note 24) und der exceptio SC[i] Macedoniani (§ 373 Ziff. 2; a. M. Mandry das gemeine Familiengüterrecht I S. 452).

[6] Vorher also trägt der Empfänger nicht die Gefahr des Empfangenen. Brinz a. a. O. 2. Aufl. II S. 603 (s. auch krit. VJSchr. XXV S. 190 und vgl. 1. Aufl. S. 440) nimmt auch in diesem Fall trotz des Nichtüberganges der Gefahr von Anfang an depositum irregulare an. — Wohl von dem genannten Fall ist zu verstehen l. 24 § 2 D. de reb. auct. iud. 42. 5; vielleicht auch l. 29 § 1 D. h. t. („Si ex permissu meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius nomine praestare mihi cogitur"), obgleich es doch näher liegt, die Erlaubniß, von welcher diese letztere Stelle redet, als später gegebene Erlaubniß aufzufassen. Uebrigens wird

β. Sequestration*.

§ 380.

Eine besondere Anwendung der Hinterlegung ist ferner die, wo die Hinterlegung von Mehreren zu dem Ende gemacht wird, um die hinterlegte Sache einstweilen der Verfügung Aller zu entziehen[1]; man nennt das Sequestration[2]. Darüber, wann und an wen die Sache zurückzugeben sei, entscheidet die Bestimmung des Vertrages[3]. Im Uebrigen gelten für diesen Fall der Hinterlegung besondere Bestimmungen nicht[4]. Es kann aber sehr wohl sein, daß der Vertrag,

---

diese Quelle sehr verschieden erklärt; s. darüber Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. II S. 151 (vgl. auch die Schrift über das Darlehn S. 58 Note 3), Vangerow Nr. II. 5, Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII S. 117—119, [Niemeyer S. 52 fg.]. — Die Erlaubniß, von dem deponirten Gelde Gebrauch zu machen, kann auch in der Absicht ertheilt werden, um dem Empfänger ein Darlehn zu verschaffen, sowohl sogleich bei der Deponirung (l. 4 pr. l. 10 D. de R. C. 12. 1, l. 1 § 34 D. h. t.), als hinterher (l. 9 § 9 D. de R. C. 12. 1, Paul. sentent. II. 12 § 9). Im ersten dieser Fälle trägt der Empfänger nach l. 4 pr. cit. sogleich die Gefahr.

7 Zu dem im Vorstehenden Gesagten vgl. noch Thöl Handelsr. I § 296 6. Aufl. „Der Kaufmann gibt weit seltener Darlehen, als daß er sie nimmt und also Schuldner wird. Das Capital heißt dann Depositengeld, die Rechnung conto a deposito; der Name ändert aber das gewollte Darlehn nicht". Dazu in Note 16: „Mit einem Kaufmanne, namentlich Banquier, kann aber auch ein irreguläres Depositum abgeschlossen werden. Im Zweifel, ob das Geschäft ein solches oder ein Darlehn sei, ist das letztere anzunehmen". Dagegen Endemann S. 64. „Das handelsrechtliche Irregulardepositum ist einfach ein Darlehn, aber ein Darlehn ohne den sonst darin enthaltenen Creditverkauf". Dagegen Cohn in Endemann's Handb. des Handelsr. III S. 925 fg. [Niemeyer S. 147 fg.]

* Vgl. Muther Sequestration und Arrest im römischen Recht S. 35 fg. (1856.) (Dieses Werk, welches als Vorarbeit zur Darstellung des gemeinrechtlichen Arrestprocesses dienen soll, faßt die Sequestration vorzugsweise in ihrer processualischen Bedeutung ins Auge.) J. Voigt der Besitz des Sequester nach röm. R. zur Zeit der klass. Jurisprudenz. 1885.

1 Der Hauptfall ist, wenn Jeder auf die Sache Anspruch erhebt, l. 17 D. h. t., § 380.
l. 110 D. de V. S. 50. 16, l. 11 § 2 D. de recept. 4. 8. Aber dieser Fall ist nicht der einzige, z. B. es handelt sich um eine Erbschaftsurkunde bei Mehrheit der Erben, l. 5 D. fam. erc. 10. 2, l. 5 C. comm. utr. iud. 3. 38. S. auch l. 5. 6 C. h. t., l. 22 § 8 D. sol. matr. 24. 3. Muther S. 195—222. Seuff. Arch. V. 277, IX. 275. Die nöthige Allgemeinheit hat die Definition in l. 6 D. h. t. „Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa condicione custodiendum reddendumque traditur". A. M. Voigt S. 19 fg.

2 Sequester kommt her von secus, wie equester von equus, silvester von silva etc. (vgl. sequius — secius), und bedeutet Jemanden, der zur Seite, nicht auf der einen oder der andern Seite, steht, daher den Unparteiischen (und in weiterer Entwickelung den Mittler, Vermittler, Versöhner, Zwischenhändler, Kuppler). Vgl. Muther S. 3 fg.

3 L. 6 D. h. t. (Note 1): — „certa condicione". L. 5. 6. C. h. t.

4 Vgl. l. 5 § 1. 2 l. 12 § 2 D. h. t.

durch welchen die Sache dem Dritten übergeben wird, kein Hinterlegungsvertrag ist, sondern ein Auftrags- oder Miethvertrag[5]; die Bezeichnung Sequestration wird auch in diesem Falle gebraucht.

Die Sequestration kann freiwillig oder auf Befehl des Richters geschehen. Sie kann auch durch den Richter selbst geschehen[6].

4. Die Verpfändung*.

a. Begriff.

§ 381.

Unter Verpfändung ist hier zunächst zu verstehen Hingabe einer Sache zum Faustpfand. Durch die Annahme der Sache von Seiten des Gläubigers kommt zwischen ihm und dem Hingebenden ein Vertrag zu Stande[1], welcher, wie der Leih- und Hinterlegungsvertrag, beiden Parteien Verbindlichkeiten auferlegt. Dabei ist es gleichgültig, ob durch die Hingabe der Sache ein gültiges Pfandrecht begründet worden ist, oder nicht[2]. Für den Fall, wo eine eigene Sache des Empfängers zu Pfand gegeben worden ist, gilt das Gleiche, wie bei Leihe und Hinterlegung (§ 374 Ziff. 1 a. E., § 377 a. E.)[3]. — In seiner späteren Entwickelung hat das römische Recht der Hingabe der Sache zum Faustpfand die Verpfändung durch bloße Beredung gleichgestellt; es läßt aus ihr, so weit die Verhältnisse die gleichen sind, die nämlichen Verpflichtungen entstehen, wie aus dem Faustpfandvertrag[4]. — Ja auch auf den Fall, wo ein Pfandverhältniß gar

---

[5] Vgl. l. 9 § 3 D. de dolo 4. 3.

[6] Vgl. z. B. l. 5 C. quor. appell. 7. 65.

* Dig. 13. 7 de pigneraticia actione vel contra. Cod. 4. 24 de pigneraticia actione. — Dernburg das Pfandrecht I § 16—19 (1860). Stölzel Arch. f. civ. Pr. XLV S. 254 fg. 364 fg. (1862). A. Schmid die Grundlehren der Cession I § 12 (1863). Glück XIV S. 1—77; Unterholzner II S. 849 fg., Sintenis I S. 621—624. [O. Geib die Person des pigneraticisch Berechtigten und pigneraticisch Verpflichteten (1884).]

§ 381. [1] Der Pfandvertrag ist ein Realvertrag. L. 1 § 6 D. de O. et A. 44. 7, § 4 I. quib. mod. re 3. 14.

[2] Vgl. z. B. l. 9 § 4 l. 11 § 2 D. h. t., l. 9 pr. l. 32 D. h. t.

[3] L. 45 pr. de R. I. 50. 17, l. 20 § 3 I. 29 D. h. t.

[4] Vgl. z. B. l. 7 pr. D. de distr. pign. 20. 5, l. 4. 7 C. h. t. Dernburg S. 140. Scheurl krit. VJSchr. IV S. 44 sucht die Vermittelung dieser Ausdehnung darin, daß auch in der Verpfändung durch bloße Beredung eine Leistung an den Schuldner liege, die Verschaffung des dinglichen Pfandrechts, weßwegen auch sie Realvertrag sei. Diese Auffassung würde zu der Consequenz führen, daß die Verpfändung ohne Besitzübergabe zwischen den Parteien nur dann obligatorische Verpflichtungen erzeuge, wenn sie wirklich ein dingliches Pfandrecht begründet. Stölzel a. a. O. nimmt, wie es scheint, keine spätere Entwickelung

nicht durch Vertrag, sondern durch Gesetz oder richterliche Verfügung begründet worden ist, sind die Grundsätze vom Faustpfandvertrag analogisch angewendet worden[5].[6]

b. Verpflichtungen.

§ 382.

Die Verpflichtungen aus der Verpfändung sind nach der Absicht des Geschäfts durch das Ermessen des Richters für jeden einzelnen Fall zu bestimmen[1]. Die Hauptpunkte[1a] sind folgende.

1. Die Hauptverbindlichkeit aus der Verpfändung ist die des Empfängers[2]. Dieselbe geht vor allem auf Rückgabe der Pfandsache[3], nach Tilgung der Schuld[4] oder sonstiger Beendigung des

---

an, sondern hält es für das ursprüngliche Recht, daß die Verpfändung als solche die actiones pigneraticiae begründe. Aber woher hätte das ältere römische Recht eine actio nehmen sollen, da weder Real- noch Consensualvertrag, weder Verbal- noch Literalvertrag vorlag? Gegen die spätere Entwickelung auch Brinz Pand. 2. Aufl. II § 318 Note 2. Schmid a. a. O. (namentlich S. 74. 81 fg.) leugnet es ganz, daß der Pfandvertrag jemals für die Römer aufgehört habe, Realvertrag zu sein. [Geib a. a. O. S. 6. Ders. Zeitschr. d. Sav.-Stift. VIII S. 151 fg.]

[5] L. 11 § 5 D. h. t., l. 34 D. de damno inf. 39. 2, l. 5 § 21 D. ut in poss. leg. 36. 4. In der letzten Stelle ist von einer utilis actio exemplo pigneraticiae actionis die Rede, in den beiden ersten von pigneraticia actio schlechthin. Dieß Letztere erklärt sich daraus, daß in dem Fall, von welchem diese Stellen handeln (Pfandrecht des Vermiethers an dem Eingebrachten), die Vorstellung der tacita pignoris conventio über die Schwierigkeit hinweghalf.

[6] Das im Text bezeichnete Verhältniß macht es schwierig, der Lehre von den obligatorischen Verpflichtungen aus der Verpfändung ihren Platz im System anzuweisen. Will man sie nicht, wie das Dernburg (vgl. auch Pand. I § 286) und Sintenis thun, in die Lehre vom dinglichen Recht stellen, was doch auch sein Mißliches hat, so scheint es mir immer noch am zweckmäßigsten, dieser Lehre ihren hergebrachten Platz unter den Realverträgen zu lassen.

[1] Die actio pigneraticia ist bonae fidei actio, § 28 I. de act. 4. 6, l. 6 C. h. t., l. 36 D. de pec. 15. 1. § 382.

[1a] S. außerdem z. B. l. 6 D. h. t. (Vorzeigung der Pfandsache, wenn der Eigenthümer will). Dernburg II S. 7. 8. Ueber l. 43 pr. D. h. t. s. Unterholzner S. 864 Note s, Dernburg S. 152, Schmidt S. 86.

[2] Auf sie geht die actio pigneraticia directa. — [Haftung des Dritten, dem der Empfänger weiter verpfändet hat, l. 2 C. si pignus pignori 8. 23 [24], c. 6 X. de pign. 3. 21. Geib S. 44 fg. Haftung des Cessionars, dem das Pfand übergeben worden ist. Geib S. 48. Vgl. § 316 Note 7.]

[3] Mag die Pfandsache ihm sofort bei der Verpfändung übergeben worden, oder mag sie später in seinen Besitz gekommen sein.

[4] L. 9 § 3 l. 40 § 2 D. l. 11 C. h. t. Nicht gegen Anbieten der Tilgung. Seuff. Arch. XVII. 119, XXVII. 212, XXXVII. 191, XXXVIII. 304, vgl. 308. [Bähr krit. VJSchr. XXVIII S. 415: Zug um Zug.] — Nimmt der Gläubiger die angebotene Erfüllung nicht an, so muß der Schuldner deponiren, l. 10. 12 C. h. t., l. 12 C. de compens. 4. 31, l. 20 C. de pign. 8. 13 [14],

Pfandrechts[5]. Ist die Verpfändung unter einer Bedingung oder Voraussetzung geschehen, so kann die Pfandsache zurückgefordert werden, sobald der Ausfall der Bedingung oder Voraussetzung feststeht[6]. Ist die Verpfändung irrigerweise für eine Nichtschuld gemacht worden oder ist sie aus einem andern Grunde für den Verpfänder nicht bindend, so kann dieser sofort zurückfordern[7]. Durch Berufung auf sein Eigenthumsrecht kann sich der Empfänger der Rückgabeverpflichtung nur dann entziehen, wenn dasselbe von dem Verpfändenden nicht bestritten worden ist[7a]. — Kann der Gläubiger die Pfandsache nicht zurückgeben, so haftet er wegen Arglist und Nachlässigkeit — wegen Zufalls nur dann, wenn es ausgemacht worden ist[8], oder im Fall der Unterschlagung[8a]. Hat der Pfandgläubiger, von seinem Pfandrechte Gebrauch machend, die Pfandsache verkauft, so haftet er nur auf Herausgabe des Ueberschusses[9]; aber auch auf Entschädigung, wenn er durch seine Schuld nicht den höchsten Preis erzielt hat[10]. — Mit der Pfandsache muß der Pfandgläubiger den von der Sache gezogenen Gewinn herausgeben[11]; hat er durch seine Schuld von der

---

l. 3 C. de luit. pign. 8. 30 [31]. Im früheren römischen Recht war Deposition nicht erforderlich, l. 20 § 2 l. 9 § 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 6 § 1 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 1 pr. § 4 D. de migr. 43. 32. Seuff. Arch. XXXIV. 185 und Citat. das. Vgl. auch das. XXXV. 18.

[5] L. 9 § 3. 5 l. 10. D. h. t. (vgl. l. 6 § 1 D. quib. mod. pign. 20. 6), l. 11 pr. — § 2 D. h. t. — Ueber das Retentionsrecht, welches dem Gläubiger für den Fall zusteht, wo er noch andere Forderungen gegen den verpfändenden Schuldner hat, s. I § 234 Note 1. — Geltendmachung des Anspruchs auf Rückgabe des Pfandes durch Retention gegenüber der Forderung aus der Hauptschuld? Seuff. Arch. XXVII. 212.

[6] L. 11 § 2 D. h. t.

[7] L. 25 D. de pign. 20. 1; vgl. l. 32 § 1 D. ad SC. Vell. 16. 1. S. auf der anderen Seite l. 9 § 4 l. 22 § 2 D. h. t.

[7a] Auch hier, wie beim Leihvertrag (§ 375 Note 3a) muß die Analogie der l. 25 C. de loc. 4. 65 entscheiden.

[8] § 4 I. quib. mod. re 3. 14, l. 13 § 1 l. 14 D. l. 5—9 C. h. t., l. 9 § 5 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 23 D. de R. I. 50. 17, l. 19 C. de pign. 8. 13 [14]. In Betreff von l. 18 pr. i. f. D. comm. 13. 6 s. § 375 Note 9. S. noch l. 15 l. 24 § 3 l. 30 l. 43 § 1 D. h. t., l. 34 D. de damno inf. 39. 2, l. 14 § 16 D. de furt. 47. 2. Jedenfalls muß der Gläubiger herausgeben, was er statt der Pfandsache in Händen hat, § 264 Note 6. So auch wenn er die Pfandsache nie besessen hat, l. 21 § 3 D. de pign. 20. 1. — Baron Arch. f. civ. Pr. LII S. 76 fg. nimmt Verhaftung für custodia im technischen Sinn des Wortes an. Vgl. § 264 Note 9 lit. f und Pernice Labeo II S. 356.

[8a] Vgl. § 357 Note 10a.

[9] L. 42 l. 6 § 1 l. 7 l. 24 § 2 D. h. t., l. 20 C. de distr. pign. 8. 27 [28].

[10] S. I § 237 Note 12.

[11] L. 22 § 2 D. h. t. (über die Worte „proderit igitur ei quod creditor bona fide possessor fuit" Geib S. 15 fg.), l. 6 § 1 eod., l. 1 C. h. t. Er

Pfandsache nicht denjenigen Gewinn gezogen, welchen sie ihrer Natur nach zu bringen im Stande war, so haftet er auf Ersatz[12].

2. Möglicherweise kann aus der Verpfändung auch eine Verpflichtung des Verpfänders zu Gunsten des Pfandgläubigers hervorgehen, welche dieser durch besondere Klage[13] oder auch, so weit die Sachlage es gestattet, retentionsweise (§ 351 Ziff. 3) geltend machen kann. So ist der Verpfänder namentlich verpflichtet zum Ersatz von Verwendungen, welche der Pfandgläubiger auf die Pfandsache gemacht hat, vorausgesetzt daß dieselben nothwendig waren oder sonst im Interesse des Verpfänders lagen[14]; zur Abnahme der Verpflichtungen, welche der Pfandgläubiger im Interesse der Erzielung eines angemessenen Pfandverkaufes übernommen hat[15]; zum Ersatz des Schadens, welchen die Pfandsache in Folge seiner Arglist oder seiner Nachlässigkeit dem Pfandgläubiger verursacht hat[16]; zur Rückgabe der ihm einstweilen zum Besitze überlassenen Pfandsache, oder zur Herausgabe derselben, wenn der Pfandgläubiger nicht von vorn herein in den Besitz gesetzt worden ist[17]; zum Ersatz des Schadens, welchen die in seinem Besitz gebliebene Pfandsache durch seine Arglist oder seine Nachlässigkeit erlitten hat[17a]; zur Herausgabe einer anderen Pfand-

---

kann sich jedoch diesen Gewinn vorher auf seine Forderung anrechnen, und gemäß der Regel (§ 327 Note 7) braucht er überhaupt nur denjenigen Gewinn herauszugeben, welchen die zu leistende Sache selbst gewährt, nicht denjenigen, zu welchem sie bloß Veranlassung gegeben hat. So behält er namentlich die Finderhälfte von dem auf dem verpfändeten Grundstück gefundenen Schatz, l. 63 § 4 D. de A. R. D. 41. 1. L. 21 § 2 D. de pign. 20. 1 erklärt sich aus dem § 327 zu Note 5 bezeichneten Gesichtspunkt. S. noch l. 22 pr. i. f. § 1 D. h. t., l. 74 D. de solut. 46. 3, l. 80 [79] D. de furt. 47. 2 (l. 46 D. de R. I. 50. 17). Vgl. Dernburg S. 143 fg. — Gegen die Regel des § 327 Note 12 muß der Pfandgläubiger den Ertrag der actio furti selbst dann herausgeben oder berechnen, wenn er für das furtum einzustehen hat, l. 22 pr. D. h. t., l. 15 pr. D. de furt. 47. 2. S. darüber Ihering Abhandlungen S. 79. 74, Mommsen Erörterungen I S. 95, Dernburg S. 147 fg.

[12] L. 3 C. h. t., l. 2 C. de partu pign. 8. 24 [25]. S. aber auch l. 6 § 1 D. h. t.

[13] Actio pigneraticia contraria.

[14] L. 8 pr. D. l. 7 C. h. t., l. 6 C. de pign. 8. 13 [14], l. 29 i. f. D. fam. erc. 10. 2; l. 25 D. h. t.

[15] L. 22 § 4 D. h. t.

[16] Die Verhaftung wegen Nachlässigkeit folgt aus dem Principe, da man nicht sagen kann, daß „nulla utilitas versatur eius qui pignori dedit" (l. 5 § 2 D. comm. 13. 6). S. § 265 Note 12. Ueber l. 62 [61] § 3 de furt. 47. 2 s. Dernburg S. 162 und die das. Citirten. [Ist derjenige, dem eine Lebensversicherungsprämie zum Faustpfand gegeben worden ist, zur rechtzeitigen Zahlung der Prämie verpflichtet? Nein: Seuff. Arch. XLIII. 8.]

[17] L. 3 l. 22 § 3 D. h. t. Dernburg S. 168.

[17a] Seuff. Arch. XXXVII. 99.

sache, wenn die hingegebene sich untauglich erweist oder nicht die zugesagten Eigenschaften hat[18].

5. Der Trödelvertrag*.

§ 383.

Wenn Jemand einem Andern etwas zum Verkaufe übergibt[1], so kann das Geschäft, welches er mit ihm abschließt, ein Auftrag sein[2], oder ein Miethvertrag[3], oder ein miethähnlicher Vertrag[3a], oder ein Gesellschaftsvertrag[4]; es kann aber auch sein, daß das Geschäft in keinem dieser Verträge aufgeht. Dieß ist namentlich[5] dann der Fall, wenn die Sache unter Festsetzung des Preises mit der Bestim-

---

[18] L. 9 pr. l. 16 § 1 l. 32 D. h. t., l. 6 C. si aliena res 8. 15 [16], l. 1 § 2 D. h. t., l. 54 D. de fidei. 46. 1.

* Dig. 19. 3 de aestimatoria. — Chambon Beiträge zum Obligationenrecht I S. 1—110 (1851). Brinz kritische Blätter Nr. 1 (1852). Lipp Beitrag zur Lehre vom Trödelcontract (1880). Wendt Jahrb. f. Dogm. XXII S. 377 fg. (1884). Bechmann Kauf II S. 409 fg. (1884). Glück XVIII S. 61—65; Unterholzner II § 488, Sintenis II § 117. [Friedrichs Trödelvertrag und Conditionsvertrag. Bresl. Inaug.-Diss. 1890].

§ 383. [1] — „cum vendenda res . . datur", l. 1 pr. D. h. t.

[2] Wenn der Verkauf im Interesse des Hingebenden geschehen soll, und der Empfänger für seine Bemühung nicht bezahlt wird. L. 1 pr. D. h. t.: — „an mandati"?

[3] Wenn eine Bezahlung für die Dienstleistung des Empfängers verabredet wird. Dabei ist noch der Unterschied möglich, daß als dasjenige, wofür der Empfänger die Bezahlung empfangen soll, entweder die Dienstleistung als solche gedacht wird (locatio conductio operarum), oder der zu Stande gebrachte Verkauf (locatio conductio operis). L. 1 pr. h. t.: — „an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor? an ex conducto, quasi operas conduxissem"? — Ein Miethvertrag ist deßwegen nicht weniger vorhanden, weil die Höhe der Bezahlung von dem Betrage des zu erzielenden Kaufpreises abhängig gemacht wird; nicht einmal das schadet, daß von der Höhe des zu erzielenden Kaufpreises abhängig gemacht wird, ob überhaupt eine Bezahlung erfolgen soll (§ 399 a. E.). Deßwegen wird auch dadurch ein Miethvertrag nicht ausgeschlossen, daß ausgemacht wird, daß der Empfänger behalten dürfe, was er über einen bezeichneten Betrag hinaus für die Sache erzielen werde.

[3a] Wenn die Gegenleistung des Hingebenden nicht in Geld besteht.

[4] Der Eine schießt die Sache ein, der Andere seine Bemühung. L. 44 D. pro soc. 17. 2. „Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit tu haberes, mihi videtur, *si animo contrahendae societatis id actum sit*, pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis". Vgl. l. 13 D. de praescr. verb. 19. 5.

[5] S. außerdem l. 11 pr. D. de R. C. 12. 1. Es gibt Jemand einem Andern eine Sache, um sie zu verkaufen, und den Kaufpreis als Darlehn zu behalten. Der Vertrag ist nicht Auftrag, weil der Empfänger nur das Recht zum Verkauf erhalten, nicht zum Verkauf verpflichtet werden soll.

mung hingegeben wird, daß der Empfänger unter allen Umständen frei sein solle, wenn er diesen Preis zurückgebe[6]. In diesem Falle spricht man von einem Tröbelvertrag[7]. Die Verpflichtungen aus dem Tröbelvertrag stehen unter freiem richterlichen Ermessen[8]. Vor Allem ist der Empfänger verpflichtet, entweder die Sache zurückzugeben oder den bedungenen Preis[9]; jedoch ist er in dem Falle, wo das Geschäft nicht in seinem Interesse abgeschlossen worden ist, von aller Verpflichtung frei, wenn ihm die Rückgabe der Sache ohne seine Schuld unmöglich geworden ist, während er wegen Nachlässigkeit immer haftet[10]. Ob der Empfänger verpflichtet ist, sich um einen günstigen Verkauf zu bemühen und Schadensersatz zu leisten, wenn er in dieser Beziehung etwas versieht, hängt von dem Sinn des Geschäfts ab; im Zweifel wird allerdings anzunehmen sein, daß die Parteien diese Verpflichtung gewollt haben, es müßte denn die Hingabe zum Verkauf lediglich im Interesse des Empfängers geschehen sein[11]. Sofortiger

---

[6] In diesem Falle braucht der Empfänger gar nicht zu verkaufen; er kann die Sache sogleich für sich behalten. Dieß hat l. 1 pr. D. h. t. im Auge, wenn sie fragt: „utrum ex vendito sit actio propter aestimationem“?

[7] S. g. contractus aestimatorius. Die Quellen sprechen nur von actio aestimatoria. Sie ist actio praescriptis verbis. Ueber den Gegensatz dieses Vertrages zu anderen Verträgen vgl. zu dem im Vorhergehenden Gesagten: Chambon S. 9 fg. 92 fg., Brinz S. 1 fg., Sintenis Anm. 3, Grünhut Verkaufscommission S. 50, Bechmann S. 413, [Friedrichs S. 21 fg.]. Ob Real- oder Consensualvertrag? Brinz S. 18 fg., Chambon S. 42 fg., Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 18 fg., Bechmann S. 412. Seuff. Arch. XXIX. 124, XXXIV. 36. — Ueber den Text in l. 1 pr. D. h. t. vgl. die Citate in § 384a Note 2.

[8] Die actio aestimatoria ist actio bonae fidei. L. 1 pr. D. h. t., § 28 I. de act. 4. 6.

[9] Ist eine Frist bestimmt, binnen welcher die Sache zurückgegeben werden soll, so darf der Empfänger nach Ablauf derselben nur noch den Preis leisten. Seuff. Arch. XI. 144.

[10] L. 1 § 1 D. h. t. sagt schlechthin: „Aestimatio autem periculum facit eius, qui suscepit; aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem, de qua convenit“. Dagegen l. 17 § 1 D. de praescr. verb. 19. 5: „si quidem ego te venditor (vgl. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV. S. 285) rogavi, meum esse periculum; si tu me, tuum; si neuter nostrum, sed duntaxat consensimus teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes“. Uebereinstimmend Paul. sentent. II. 4 § 4; vgl. auch l. 11 pr. l. 4 pr. D. de R. C. 12. 1. Ueber die verschiedenen Meinungen s. Chambon S. 57 fg., Brinz S. 37 fg., Mommsen Beiträge I S. 280. 281, Sintenis S. 643, Emmerich Arch. f. civ. Pr. LXI S. 277 fg., Lipp S. 23 (welcher l. 17 § 1 de praescr. verb. und die Stelle des Paulus von dem Fall versteht, wo der ganze gelöste Kaufpreis herausgegeben werden soll), Wendt S. 385 fg., [Dernburg II § 120 Note 8, Ryk Schuldverhältnisse S. 399.]

[11] Vgl. Brinz S. 9. [A. M. Friedrichs S. 11 fg. und die daselbst Citirten, Dernburg II § 120 Note 5.]

Eigenthumsübergang auf den Empfänger darf im Zweifel nicht als gewollt angenommen werden[12]. Daß neben dem Vortheil, welchen der Empfänger durch Verkauf um höheren Preis zu erzielen hofft, noch ein besonderer Lohn festgesetzt ist, welchen er jedenfalls erhalten soll, ändert an der Natur des Geschäfts nichts[13].[14]

6. Uebernahme von Sachen durch Schiffer, Gast- und Stallwirthe*.

§ 384.

Schiffer[1], Gast- und Stallwirthe[2] haften für die Sachen, welche sie in Ausübung ihres Gewerbes[3] bei sich aufnehmen[4], mit beson-

[12] Vgl. l. 5 § 18 D. de trib. act. 14. 4. Chambon S. 68 fg., Brinz S. 34 fg., Leist Mancipation und Eigenthumstradition S. 239—254, Bekker krit. VJSchr. IX S. 254 fg. Vgl. auch Wolff Arch. f. prakt. RW. N. F. II S. 335 fg. A. M. Wendt S. 393 fg. wegen l. 26 pr. de praescr. verb. 19. 5 nach der Ergänzung der Mommsen'schen Ausgabe.

[13] L. 2 D. h. t. „Haec actio utilis est et si merces intervenit". Vgl. Brinz S. 6 fg.

[14] Ueber das buchhändlerische Conditionsgeschäft vgl. O. Wächter Zeitschr. f. Handelsr. II S. 479 fg., Buhl das. XXV. S. 142 fg., Weibling das buchhändlerische Conditionsgeschäft, Berlin 1885 (darüber Centralbl. f. RW. IV S. 373 fg.), [Friedrichs a. a. O.].

* S. g. receptum nautae cauponis stabularii. Dig. 4. 9 nautae caupones stabularii ut recepta restituant. — C. F. Müller über die de recepto actio und deren analoge Ausdehnung auf die Postanstalten S. 1—38 (2. Aufl. 1857). Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. III S. 58 fg. 331 fg. (1860). Harder Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII S. 221 fg. (1861). v. Wyß Haftung für fremde Culpa S. 79—83 (1867). Weis Arch. f. prakt. RW. N. F. V S. 280 fg. 337 fg. (1868). Glück VI S. 106—144; Unterholzner II § 694. 695, Sintenis II § 120, Holzschuher III § 302.

§ 384. [1] Unter „Schiffer" wird hier derjenige verstanden, welcher für eigene Rechnung mit einem Schiffe Frachtschifffahrt betreibt. L. 1 § 2 D. h. t. „Nautam accipere debemus eum qui navem exercet". L. 1 § 15 D. de exerc. 14. 1. „Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et reditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit, sive a domino navem per aversionem conduxit vel ad tempus vel in perpetuum". Auch Floßschiffer gehören hierher, l. 1 § 4 D. h. t. (Ueber die lintrarii dieser Stelle s. Brissonius s. v. lyntrarii.)

[2] L. 1 § 5 l. 5 pr. D. h. t. Vgl. Harder S. 227, Weis S. 229 fg. Begriff der „Beherbergung": Seuff. Arch. XXXI. 233.

[3] L. 3 § 2 D. h. t. Weis S. 306 fg. Seuff. Arch. XVII. 42, vgl. II. 293. Vgl. übrigens Kuntze zu Holzschuher a. a. O. Nr. 1a.

[4] L. 1 pr. D. h. t. „NAUTAE CAUPONES STABULARII QUOD CUIUSQUE SALVUM FORE RECEPERINT NISI RESTITUENT IN EOS IUDICIUM DABO". Das „salvum fore recipere" hat vielleicht ursprünglich eine ausdrückliche Garantieübernahme bezeichnet, ist aber jedenfalls später von einfacher factischer Uebernahme verstanden worden. L. 1 § 6. 8 D. h. t. Goldschmidt S. 97 fg., Bekker Zeitschr. d. Sav.-Stift. III S. 7. Specielle Ueberweisung an den Schiffer &c.

derer Strenge[5]. Sie stehen nämlich nicht bloß für Nachlässigkeit ein, sondern außerdem für jeden Verlust und jede Beschädigung, welche durch eine specielle persönliche Beaufsichtigung der Sachen hätte vermieden werden können; unterlassen sie eine solche Beaufsichtigung, so thun sie das auf eigene Gefahr[6]. Im Uebrigen kann der mit ihnen

ist nicht erforderlich; es genügt, daß die Sachen mit Wissen des Schiffers 2c. oder der zu seiner Vertretung Befugten in das Schiff 2c. gebracht worden seien. L. 1 § 8 l. 3 pr. D. h. t. Weis S. 314 fg. 347 fg. 353 fg. 357 fg. Seuff. Arch. XXII. 145 Nr. 1, XXIV. 32, XXXV. 205. 206. Vgl. übrigens auch das. VII. 40, XXXII. 46, ferner Sintenis Anm. 8 und Text dazu. Von der andern Seite ist, wenn eine specielle Ueberweisung stattgefunden hat, nicht erforderlich, daß die Sachen in den betreffenden Raum eingebracht worden seien, l. 3 pr. D. h. t. Weis S. 313 fg. Seuff. Arch. I. 67. — Mehrfach wird behauptet, daß die strengere Haftung des Schiffers sich bloß auf die von einem mitreisenden Fahrgast eingebrachten Sachen beziehe, nicht aber auf Waaren, welche allein verschickt werden, so noch zuletzt Harder S. 222 fg., Seuff. Arch. XIII 251; dagegen Müller S. 10, Goldschmidt S. 62, Weis S. 338 fg. Weder die Fassung des prätorischen Edicts (s. ob.), noch die demselben von der römischen Jurisprudenz gegebene Auslegung schließt den letzteren Fall aus.

[5] Nach einer Vorschrift des prätorischen Edicts, l. 1 pr. D. h. t. (Note 4). L. 1 § 1 eod. „Maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere. Ne (neve) quisquam putet, graviter hoc adversus eos constitutum; nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant, et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos, quos recipiunt, coeundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus". L. 3 § 1 D. eod.: — „ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum". Aus l. 1 § 1 cit. zu schließen, wie Harder S. 229 thut, daß die prätorische Vorschrift keine Anwendung finde, wo die Aufnahme obligatorisch sei, ist nicht gerechtfertigt. Man hat auch wohl die römische Vorschrift für heutzutage überhaupt unanwendbar erklären wollen, weil der in den vorstehenden Stellen den genannten Personen gemachte Vorwurf der Schlechtigkeit (vgl. Goldschmidt S. 355 Anm. 155, Weis S. 386 fg.) heutzutage nicht mehr zutreffend sei. S. darüber Goldschmidt S. 340 fg. — Ueber den scheinbaren oder wirklichen, jedenfalls das Civilrecht nicht berührenden, Widerspruch zwischen l. 1 § 1 cit. und l. 1 § 6 D. furti adv. nautas 47. 5 s. namentlich Vangerow III § 648 Anm. 1, wo auch die Literatur angegeben ist. Vangerow's Erklärung scheint Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII S. 120 fg. unbekannt geblieben zu sein.

[6] Das Edict (Note 4) sprach unbedingte Haftverbindlichkeit des Aufnehmenden aus; jede Beschränkung derselben muß also auf dem Wege der exceptio geltend gemacht werden, l. 3 § 1 i. f. D. h. t. Die Beschränkung der unbedingten Haftverbindlichkeit des Uebernehmenden wird nun in unseren Quellen näher dahin bestimmt, daß derselbe nicht für „damnum fatale", „vis maior", hafte, l. 3 § 1 cit. Wie unterscheidet sich aber hiernach seine Verhaftung von einer Verhaftung, welche über culpa nicht hinausgeht, während es doch ausdrücklich heißt (l. 3 § 1 cit.): „omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum datum est"? Auf die Lösung des „Räthsels" (Goldschmidt S. 93) führt die Erwägung, daß von dem Uebernehmenden in den Quellen abwechselnd gesagt wird, er trage das periculum rei, und er hafte für custodia oder trage das periculum custodiae (l. 1 § 8 l. 4 pr. l. 5 pr.

abgeschlossene Vertrag einen sehr verschiedenen Inhalt haben; namentlich ist es nicht nothwendig, daß dem Uebernehmenden ein Entgelt

D. h. t., l. 14 § 17 D. de furt. 47. 2, l. 1 § 4 D. furti adv. nautas 47. 5). Custodia aber bezeichnet nicht bloß diligentia in custodiendo (§ 265 Note 2), sondern auch eine an und für sich über die Pflichten eines ordentlichen Mannes hinausgehende, specielle Beaufsichtigung und Bewachung (§ 264 Note 9 lit. f). Der Uebernehmende wird also behandelt, wie Jemand, der specielle custodia ausdrücklich versprochen hat, und diese Gleichstellung findet sich auch wirklich in l. 14 § 17 i. f. D. de furt. 47. 2. Der Uebernehmende haftet daher namentlich unbedingt wegen Entwendung und Beschädigung nicht bloß seiner Dienstleute und der Passagiere (l. 1 § 8 l. 2 l. 3 pr. D. h. t.), sondern auch dritter Personen (vgl. l. 5 § 1 h. t.), vorausgesetzt, daß die Entwendung oder Beschädigung nicht mit einer Gewalt ausgeführt worden ist, welche sich auch durch eine specielle Beaufsichtigung nicht würde haben abwenden lassen (l. 31 pr. D. de A. E. V. 19. 1: — „custodia adversus vim parum proficit", l. 41 D. loc. 19. 2: „sive custodiri potuit, ne damnum daretur"). — Ueber den Begriff der „vis maior", der „höheren Gewalt" wird lebhaft gestritten. Die beiden bedeutendsten Arbeiten sind die von Goldschmidt a. a. O. S. 93 fg. 112 fg. 369 und von Exner Grünhut's Zeitschrift X S. 497 fg. (auch besonders erschienen u. d. T.: der Begriff der höheren Gewalt im röm. und heutigen Verkehrsrecht, Wien 1883). Dazu die Anzeige von Hölder krit. VJSchr. XXVI S. 531 fg. S. außerdem: Weis a. a. O. S. 361 fg. Baron Arch. f. civ. Pr. LII S. 50 fg. 92 fg., Pernice Labeo II S. 347 fg., Dernburg Preuß. Privatr. II § 69 und in Grünhut's Zeitschr. XI S. 335 fg. [Pand. II § 39], Brinz 2. Aufl. II S. 272. 275. 276, Eger Frachtrecht II S. 238, Thöl Handelsr. III § 27, Schott in Endemann's Handb. des Handelsr. III S. 44 fg., Attenhofer Rechtsgutachten i. S. der Gotthardbahn, Luzern 1884, Huber zum Begriff der höheren Gewalt, Berner Inaug.-Dissert. 1885. [Nachzutragen: Häbler die Haftpflicht ex recepto nach K. Sächsischem und Reichsrecht (1884). Seit der 6. Auflage sind ferner erschienen: Hafner über den Begriff der höheren Gewalt im deutschen Transportrecht (1886), Bähr krit. VJSchr. XXVIII S. 405 fg. (1886), Scholten Overmacht, Groninger Inaug.-Dissert., (1886), v. d. Leyen Zeitschr. f. HR. XXXIII S. 428 fg., Engelmann die custodiae praestatio nach röm. R. S. 141 fg. (1887), Stucki über den Begriff der höheren Gewalt, Berner Inaug.-Dissert. (1888), Bruckner die custodia nebst ihrer Beziehung zur vis maior nach röm. R. S. 253 fg. (1889).] Es handelt sich um folgende Gegensätze. 1) Nach der herrschenden (von den Einzelnen noch in verschiedener Weise formulirten) Ansicht ist höhere Gewalt jedes Ereigniß, welches der Uebernehmer auch mit der äußersten, peinlichsten Sorgfalt nicht hätte abwenden können. Dabei wird entweder gelehrt, daß der Uebernehmer zur Anwendung dieser Sorgfalt verpflichtet sei, oder aber, daß er, obgleich zur Anwendung dieser Sorgfalt nicht verpflichtet, ihre Anwendung auf seine Gefahr unterlasse. Doch tritt dieser Gegensatz nicht bei allen Schriftstellern in voller Schärfe hervor. 2) Die hier vertretene Auffassung steht, unter Leugnung der Verpflichtung zur Anwendung einer über die diligentia boni patrisfamilias hinausgehenden Sorgfalt, auf dem Boden der bei 1 bezeichneten Auffassung; sie versucht nur dasjenige, was der Uebernehmer auf seine Gefahr unterläßt, im Anschluß an die Quellen näher zu bestimmen. 3) Nach Exner, dem Attenhofer, [Hafner, Scholten] zustimmen, gehört zum Begriff der höheren Gewalt ein Zweifaches: a) daß das schädigende Ereigniß die im ordentlichen Laufe des Lebens zu gewärtigenden Zufälle augenscheinlich übersteige, und b) daß es nicht „im Betriebskreise" des Uebernehmers eingetreten sei. Der Grundgedanke,

versprochen worden sei[7]. Die strenge Verhaftung des Uebernehmenden kann durch Vertrag der Parteien ausgeschlossen werden[8].

Durch die Gesetzgebung des neuen deutschen Reiches sind die vorstehenden Bestimmungen auf den gewerbmäßigen Landtransport ausgedehnt worden[9].

---

von dem aus Exner zu diesem Resultate gelangt, ist: höhere Gewalt ist dasjenige Ereigniß, welches den Verdacht der Schuld des Uebernehmers prima facie ausschließt („Liquidität des Sachverhaltes zu Gunsten des Uebernehmers, S. 55; „Klarheit des Sachverhaltes bei überwiegender Wahrscheinlichkeit der Unschuld", S. 83). Die Aufstellung Exner's führt zu einer außerordentlichen Steigerung der Verhaftung des Uebernehmers, wie denn Exner den Uebernehmer z. B. auch dann haften läßt, wenn der von ihm angestellte Locomotivführer vom Schlage getroffen wird oder das von ihm befrachtete Schiff durch eine s. g. Thomasuhr zu Grunde geht. Exner hat nicht bewiesen, daß seine Auffassung die der Quellen sei; de lege ferenda ist sie äußerst bedenklich. — Aus der Praxis: Seuff. Arch. II. 49. 180, IV. 113. 114, VIII. 48, XIII. 54 (225), XVIII. 43, XXII. 145 Nr. 2. 3, XXIV. 266, XXV. 109, XXVIII. 56. 57, XXXV. 182, XXXVI. 180.

[7] L. 3 § 1 l. 6 pr. D. h. t. Der mit dem Uebernehmenden abgeschlossene Vertrag kann nach seinem sonstigen Inhalt sein: Miethvertrag (l. 3 § 1 cit.), unbenannter Vertrag (wenn die Gegenleistung des Einbringenden nicht in Geld besteht), Hinterlegung (l. 3 § 1 cit.), Auftrag. Daraus ergibt sich eine Schwierigkeit für die Einordnung der Lehre vom receptum in's System. Es bietet sich eine doppelte Möglichkeit der Auffassung dar. Man kann sagen, der Inhalt der Lehre vom receptum sei nichts als eine gesetzliche Modification der in den vorgedachten Verträgen übernommenen Vertragspflicht. Hiernach wäre diese Lehre bei einem dieser Verträge (am Passendsten bei dem hier ohne Zweifel am häufigsten Platz greifenden Miethvertrag) vorzutragen, und bei den übrigen Verträgen auf sie zu verweisen. Man kann aber auch sagen, der Uebernehmende begründe durch die Uebernahme für sich eine Verbindlichkeit mit gewissem gesetzlich normirten Inhalt; im Uebrigen komme es auf die näheren Bestimmungen des Vertrages an, wozu er verpflichtet sei. Nach dieser Auffassung läßt sich das receptum, wie hier geschehen, unter die Realverträge stellen. Vgl. Müller S. 14, Goldschmidt S. 63 fg. S. 103 Anm. 79, Sintenis Anm. 1.

[8] Ein solcher Vertrag ist auch dann vorhanden, wenn der Uebernehmende im Voraus eine allgemeine öffentliche Erklärung über das Maß der Verhaftung, welche er auf sich zu nehmen gewillt sei, abgegeben hat, und der Einbringende seine Sachen in Kenntniß dieser Erklärung eingebracht, oder die eingebrachten nach erlangter Kenntniß nicht zurückgenommen hat. Vgl. l. 7 pr. D. h. t., welche Stelle allerdings unmittelbar nur von dem Strafanspruch gegen den Schiffer ꝛc. aus den Delicten seiner Leute handelt (Dig. 47. 5 furti adversus nautas caupones stabularios, s. § 454 Ziff. 5). Vgl. Goldschmidt S. 331—339, Holzschuher a. a. O. Nr. 11, Weis S. 372—388. Seuff. Arch. X. 162. — Hört die strenge Verhaftung des Gastwirths mit der Abreise des Reisenden auf? Gimmerthal Arch. f. prakt. RW. N. F. II S. 116 fg., Weis S. 344 fg. vgl. S. 342 fg.

[9] Das HGB. stellt (Art. 390) den Wasser- und Landtransport (mit Einschluß der Eisenbahnen und Posten, Art. 421) gleich, und bestimmt für denselben (Art. 395. 607), daß der Frachtführer für jeden Verlust und jede Beschädigung hafte, sofern er nicht beweise, „daß der Verlust oder die Beschädigung durch

7. Andere Verträge auf Rückgabe.

§ 384a.

Die im Vorstehenden erwähnten Verträge auf Rückgabe sind nicht die einzig möglichen. Es kann noch zu allerlei anderen Zwecken Etwas hingegeben werden, mit der Auflage, es zurückzugeben[1]. Alle diese Verträge stehen unter freiem richterlichen Ermessen, welches die Verpflichtungen der Parteien für den einzelnen Fall aus den getroffenen Verabredungen und aus der Intention des Geschäfts zu bestimmen hat[2]. Was insbesondere die Frage nach der Verhaftung wegen Nachlässigkeit angeht, so ist die Regel auch hier, daß nur derjenige wegen Nachlässigkeit nicht zu haften hat, welcher bei dem Geschäft ohne alles eigene Interesse ist[3].

---

höhere Gewalt (vis maior) oder durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes, namentlich durch inneren Verderb, Schwinden, gewöhnliche Leckage u. dgl., oder durch äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung entstanden ist". Art. 400: „Der Frachtführer haftet für seine Leute, und für andere Personen, deren er sich bei der Ausführung des von ihm übernommenen Transportes bedient". Diese Bestimmungen können, was Eisenbahnen betrifft, durch Vertrag nicht abgeändert werden (Art. 423). S. auch das Gesetz über das Postwesen des deutschen Reichs vom 28. October 1871 § 6. — Auch vor der Reichsgesetzgebung wurde Ausdehnung der römischen Bestimmung auf den Landtransport für das heutige Recht von Vielen behauptet. S. über diese Frage Goldschmidt S. 352 fg., Müller S. 39 fg., Kompe Zeitschr. f. Handelsr. XI S. 42—48, Stobbe III S. 395 und vgl. § 401 Note 2, [Lehmann Zeitschr. d. Sav.-Stift. IX S. 118 fg., welcher eine Ausdehnung auf den Landtransport in l. 25 § 7 D. loc. anerkannt findet.]

§ 384a. [1] Beispiele in l. 1 § 2 l. 17 § 2. 4. 5 l. 20 l. 23 D. de praescr. verb. 19. 5; l. 8 l. 26 eod. S. auch § 368 Note 13, § 369 Note 3. Seuff. Arch. XXI. 15.

[2] Die Römer lassen aus diesen Verträgen eine actio praescriptis verbis entstehen, und die actio praescriptis verbis ist bonae fidei actio. Vgl. l. 2 § 2 D. de prec. 43. 26, l. 1 pr. D. de aest. 19. 3. Zwar ist dieß nicht unbestritten (wegen § 28 I. de act. 4. 6, Puchta Inst. II § 165. kkk, Rudorff röm. RGesch. II S. 151 Note 23); aber s. Savigny System V. S. 485. f, Keller röm. Civilproc. § 42 Note 480, Bethmann-Hollweg röm. Civilproc. II § 96 Note 97. S. auch Gai. IV. 62 in der Ausgabe von Krüger und Studemund 1884. — Ueber den Text in l. 1 pr. cit. in dem mit quotiens beginnenden Satz s. Brinz krit. Blätter Nr. 1 S. 42, Jhering Jahrb. f. Dogm. XV S. 384 fg., Karlowa Rechtsgesch. S. 250 fg., Lipp Beitrag zur Lehre vom Tröbelvertrag S. 13 fg., Lenel Edictum perpetuum § 110, Pernice Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaften zu Berlin 1885 XXV S. 451. — [Gradenwitz Interpolationen in den Pandekten S. 123 fg. sucht nachzuweisen, daß der Ausdruck actio praescriptis verbis auf Interpolation beruhe. Vgl. Lenel Zeitschr. d. Sav.-Stift. IX S. 181.]

[3] L. 17 § 2 D. de praescr. verb. 19. 5: — „si cui inspiciendum dedi sive ipsius causa sive utriusque, et dolum et culpam mihi praestandam esse

D. Verträge auf Umsatz.

1. Der Kauf*.

a. Begriff.

§ 385.

Der Kauf ist ein gegenseitiger Vertrag (§ 321). Er ist gerichtet auf Umsatz einer Sache gegen Geld. Verkaufen heißt: erklären, daß ein Anderer eine Sache haben[1] und dafür Geld zahlen solle; kaufen heißt: erklären, daß man Geld zahlen und dafür eine Sache erhalten wolle. Der uns geläufige Ausdruck bezeichnet das Geschäft nur von der einen Seite; die Römer pflegen sich genauer auszudrücken[1a].

---

dico propter utilitatem, periculum non; si vero mei duntaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit".

* Inst. 3. 23 de emtione et venditione. Aus den Pandekten sind die Haupttitel: 18. 1 de contrahenda emtione et de pactis inter emtorem et venditorem compositis et quae res venire non possunt — 19. 1 de actionibus emti et venditi; aus dem Codex: 4. 38 de contrahenda emtione et venditione — 4. 49 de actionibus emti et venditi; ferner die bei § 391 und 393 citirten Titel. — Treitschke der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel, nach römischem Recht und den wichtigsten neueren Gesetzgebungen (1838, 2. Aufl. 1866). Kritz Pandektenrecht Th. I Bd. 3 (1844). Glück XVI. XVII S. 1—240; Unterholzner II S. 217—298, Sintenis II S. 593—640, Brinz 2. Aufl. II § 325—329. Neuestens: Bechmann der Kauf nach gemeinem Recht. Erster Theil: Geschichte des Kaufs im römischen Recht. Erlangen 1876. Zweiter Theil: System des Kaufs nach gemeinem Recht. Erste Abth. 1884. Einen ausführlichen Bericht über den Inhalt des ersten Theils gibt Bremer in Grünhut's Zeitschr. IV S. 739 fg. Vgl. ferner über denselben Degenkolb krit. VJSchr. XX S. 481 fg. Ueber den zweiten Theil Degenkolb krit. VJSchr. XXVII S. 455 fg. (Der Grundgedanke des ersten Theils ist folgender. Die älteste Rechtsform des Kaufs im römischen Recht ist die Mancipation. Die Mancipation war ursprünglich wirklicher Kauf mit Zuwägung des Kaufpreises. Auch die [allein bezeugte] Mancipation als imaginaria venditio ist Kauf; imaginär ist nur die Zahlung des Kaufpreises. Insofern also die Kaufberedung durch Mancipation vollzogen wird, ist der Vollzug des Kaufs selbst wieder Kauf [Naturalkauf]. Dieß ist auf den Vollzug des Kaufs durch Tradition übertragen worden. Daher hat die Leistung des Verkäufers „mit nichten den abstracten Charakter der Zahlung"; es ist vielmehr zu sagen, daß „in ihr . . der Kauf, der sich zunächst im Contracte vollzieht, gewissermaßen sich fortsetzt, oder, wie man vielleicht auch sagen könnte, wieder auflebt" [S. 562].) — Ueber das Verhältniß des Civilrechts zum Handelsrecht, namentlich nach dem HGB., vgl. den Aufsatz von Hoffmann Arch. f. prakt. RW. N. F. III S. 135 fg.; über den handelsrechtlichen Kauf Thöl Handelsrecht 6. Aufl. II § 250 fg., Gareis in Endemann's Handb. des Handelsrechts II S. 546—738.

[1] „Haben", nicht „bekommen" sollen. Wer verkauft, sagt: ich gebe weg. Vgl. Puntschart die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Privatr. S. 16 fg. § 385.

[1a] Sie pflegen den Kauf als emtio et venditio zu bezeichnen. Doch ist auch bei ihnen dieser Sprachgebrauch kein ausschließlicher; sie wenden ohne besondere Schwierigkeit auch jeden einzelnen dieser beiden Ausdrücke zur Bezeichnung

Verkauft werden können[1b] alle Sachen, welche dem Verkehr nicht entzogen sind[2], bewegliche und unbewegliche[3], körperliche und unkörperliche[4],[5] nicht bloß eigene, sondern auch fremde[6]. Auch ein Vermögen kann verkauft werden[7]; ferner kann der bloße Besitz Gegenstand des Kaufes sein[8]. Auch Sachen, welche noch nicht vorhanden sind, können den Gegenstand eines Kaufvertrages bilden[8a], entweder

des ganzen Geschäfts an, vgl. z. B. l. 2 D. h. t. 18. 1, und s. auch l. 19 D. de A. E. V. 19. 1. Bechmann I S. 29 fg. — Die Franzosen bezeichnen das Geschäft nicht, wie wir, von der Kaufs-, sondern von der Verkaufsseite (vente).

[1b] Bechmann II S. 116 fg.

[2] L. 34 § 1 D. h. t. 18. 1. „Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit. Quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est". S. aber auch § 315 Note 5.

[3] Die bewegliche Sache als Gegenstand des Kaufvertrages heißt merx. L. 66 D. de V. S. 50. 16. Der entsprechende deutsche Ausdruck „Waare" wird heutzutage mit vorzugsweiser Beziehung auf den kaufmännischen Kauf (Waarenhandel) gebraucht. Treitschke § 1, Goldschmidt Handelsrecht I § 60. — Kann auch baares Geld den Gegenstand eines Kaufgeschäfts bilden? Ich zweifele nicht. Geld kommt im Verkehr nicht bloß als Werthmesser und Werthrepräsentant, sondern auch als Waare in Betracht. Uebereinstimmend Heyer Zeitschr. f. Civ. und Pr. N. F. XV S. 42—45, Goldschmidt Handelsrecht I § 103 Note 11, Hartmann Begriff des Geldes S. 41, Karlowa krit. VJSchr. XI S. 539. 540, Pfaff pignus irregulare S. 16 Note 33, Flesch Jahrb. f. Dogm. XIX S. 334 fg., Rießer das. XX S. 201 fg., Bechmann II S. 153 fg.; a. M. Anthes das. XVIII S. 216—220, Vangerow III S. 442 (abweichend 7. Aufl. S. 425). Anthes geht, was ganz gewiß unrichtig ist, so weit, selbst in Betreff individuell bestimmter Geldstücke die Möglichkeit eines Kaufs zu leugnen. Rießer und Bechmann versuchen auch die Beantwortung der Frage, was dazu erforderlich sei, damit Kauf, nicht Tausch, von Geld vorliege.

[4] Namentlich Dienstbarkeiten und andere dingliche Rechte, ferner Forderungen. S. g. Immaterialgüter: Bechmann II S. 132 fg.

[5] Auch die Befreiung von einer dinglichen oder persönlichen Last kann den Gegenstand eines Kaufvertrages bilden. A. M. Bechmann II S. 144 fg.

[6] L. 28 D. h. t. 18. 1. „Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est; nam emtio est et venditio; sed res emtori auferri potest". Nur darf die Sache nicht eine eigene des Käufers sein; in diesem Falle liegt für den Verkäufer Unmöglichkeit der Leistung vor, und damit ist der ganze Vertrag nichtig (§ 321 Note 21). L. 16 pr. l. 18 pr. D. h. t. 18. 1, l. 4. 10 C. eod. 4. 38, l. 45 pr. D. de R. I. 50. 17. S. aber auch Note 8. Ueber den Fall, wo die verkaufte Sache gestohlen ist, s. l. 34 § 3 D. h. t. 18. 1 (vgl. § 321 Note 22). — Vgl. Code civ. art. 1599. „La vente de la chose d'autrui est nulle", und darüber die bemerkenswerthe Ausführung von Kohler Zeitschr f. franz. Civilr. VIII S. 496 fg. (ges. Abhandlungen I S. 224 fg.). Bechmann II S. 77 fg. 110.

[7] S. § 397 a. E.

[8] Auch der Besitz einer im Eigenthum des Käufers stehenden Sache. L. 34 § 4 D. h. t. 18. 1. Bechmann II S. 74 fg.

[8a] Vangerow III § 632 Anm. Nr. I. 1. Bechmann II S. 142 fg. 252 fg.

so, daß der Kaufpreis nur dann gezahlt werden soll, wenn das Verkaufte existent wird[8b], oder so, daß der Kaufpreis unter allen Umständen geleistet werden soll[8c].

Daß die Gegenleistung des Käufers in Geld bestehe, ist dem Begriff des Kaufes wesentlich; besteht sie in etwas Anderem, so spricht man nicht von Kauf[9]. Jedoch thut es dem Begriff des Kaufes keinen Eintrag, daß der Geldleistung eine Leistung anderen Inhalts hinzugefügt wird[10], und wenn die Parteien ein Geschäft, bei welchem die Gegenleistung keine Geldleistung ist, ausdrücklich als Kauf bezeichnen, so finden immerhin die Grundsätze vom Kaufvertrag Anwendung[11].

b. Abschluß.

§ 386.

Der Kauf wird geschlossen[1] durch die erklärte Willenseinigung der Parteien; einer Form bedarf die Erklärung dieser Willenseinigung

---

Fr. Endemann Grünhut's Zeitschr. XII S. 345 fg. (auch besonders erschienen, Wien 1885).

[8b] L. 8 pr. D. h. t. 18. 1. S. g. emtio rei speratae. Ungeerntete Früchte sollen nach der Bestimmung der RPO. von 1577 Tit. 19 § 3 nicht anders verkauft werden dürfen, als um ihren jetzigen Marktpreis oder den Marktpreis, welchen sie 14 Tage nach der Ernte haben werden. Vgl. Seuff. Arch. XIV. 24. Stobbe III § 184 Note 3. — Kauf einer erst anzufertigenden Sache: § 401 a. E.

[8c] L. 8 § 1 D. h. t., l. 11 § 18 l. 12 D. de A. E. V. 19. 1, l. 7. 10. 11 D. de H. v. A. V. 18. 4, l. 73 § 1 D. ad leg. Falc. 35. 2. S. g. emtio spei. Daß die „spes" (die „alea") den Gegenstand des Kaufvertrages bilde, sagen die Quellen selbst; aber damit ist nur der wirthschaftliche Gesichtspunkt bezeichnet. Das rechtliche Verhältniß ist, daß die Leistung des Verkäufers nicht in der Verschaffung der Sache, sondern in der von ihm abgegebenen Willenserklärung besteht, und der Käufer damit zufrieden ist. F. Hofmann über das Periculum beim Kauf (1870) S. 107 fg. will die emtio spei gar nicht als Kaufvertrag gelten lassen; mit Unrecht. — In den früheren Ausgaben war auf die emtio rei speratae und emtio spei die Kategorie der Bedingung angewendet worden. Dagegen Endemann a. a. O. Note 111. 121. In der That liegt hier zwar eine Ungewißheit vor, aber eine durch den Inhalt der Willenserklärung von selbst gegebene, also nur eine uneigentliche Bedingung, eine s. g. condicio iuris (I § 87 Note 7).

[9] § 2 I. h. t., l. 1 § 1 D. h. t. 18. 1, l. 6 § 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 7 C. de rer. perm. 4. 64.

[10] L. 6 § 1. 2 l. 21 § 4 D. de A. E. V. 19. 1, l. 79 D. h. t. 18. 1.

[11] L. 1 C. de rer. perm. 4. 64, vgl. Gai. III. 141 i. f. Vgl. über diese Frage Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. L S. 462 fg., Leist Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVII S. 361—366, Vangerow III § 632 Anm. Nr. 1. 2 a. A., Thöl I § 63 Note 2 (6. Aufl. § 251 Note 5), Goldschmidt Handelsrecht I § 99 Note 11, Hartmann Begriff des Geldes S. 40 fg., Rießer Jahrb. f. Dogm. XX S. 223, Bechmann II S. 148. 170 fg.

[1] Auf den Abschluß des Kaufvertrages bezieht sich der Ausdruck: perfecta est emtio et venditio. Dieser Ausdruck bezeichnet jedoch nicht, wenigstens wo § 386.

nicht[2]. Daß das Wort Kaufen oder Verkaufen beim Geschäft gebraucht worden sei, ist nicht nothwendig. Die Willenseinigung muß sich auf die wesentlichen Punkte des Geschäfts beziehen, also darauf, daß der Eine eine Sache und dafür der Andere Geld erhalten solle[3]; ist aber über Nebenpunkte verhandelt worden und darüber Dissens geblieben, oder ist die Vereinbarung über Nebenpunkte vorbehalten worden, so darf im Zweifel nicht angenommen werden, daß die Parteien trotzdem einen Vertrag haben schließen wollen[4]. In der Art und Weise der Bestimmung der Kaufsache und des Kaufpreises haben die Parteien freie Hand. Im Besonderen kann die Kaufsache bloß generisch bestimmt sein[5]. Der Kaufpreis[5a] kann nicht bloß ziffermäßig, sondern auch durch Verweisung auf eine Quelle, aus welcher eine bestimmte Geldsumme zu entnehmen ist, ausgedrückt werden[5b]. Kann

er im eigentlichen Sinne gebraucht wird, denjenigen Zustand, wo beide Parteien gebunden sind, sondern denjenigen, wo der Kauf in aller und jeder Beziehung vollendet ist, so daß der Käufer die Gefahr trägt. S. darüber § 390 und Kuntze Zeitschr. f. Rpfl. und Verw. in Sachsen N. F. XI S. 224 fg., Stintzing Jahrb. f. Dogm. X S. 192 fg. Ueber die besondere Ansicht Puntscharts in der Schrift: die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Privatr. s. § 321 Note 18 a. E. Seuff. Arch. XXII. 131.

[2] L. 1 § 2 l. 9 pr. D. h. t. 18. 1, pr. I. h. t. (§ 312 Note 12). Stillschweigender Abschluß des Kaufvertrages durch Behalten unbestellt zugesandter Waaren: Seuff. Arch. VIII. 36, XIII. 218, XX. 164, XXIV. 60, XXV. 264. Vgl. auch das. XV. 219. Vgl. 308 Note 2.

[3] Wenn § 3 I. h. t. und l. 2 pr. D. loc. 19. 2 den Abschluß des Kaufvertrages von der Einigung über den Kaufpreis abhängig machen, so setzen sie natürlich Einigung über die Kaufsache voraus.

[4] L. 9 pr. D. h. t. 18. 1. „In venditionibus et emtionibus consensum debere intercedere palam est. Ceterum sive in ipsa emtione dissentiant, sive in pretio, sive in quo alio, emtio imperfecta est“. Vgl. Regelsberger civil. Erörterungen I S. 134—135. Seuff. Arch. XIII. 139, XXV. 100. 126, XXXIV. 25. 187.

[5] S. g. Genuskauf. Ob der reine Genuskauf (im Gegensatz einer aus einem individuellen Ganzen auszuwählenden Sache oder Quantität) in den Quellen erwähnt wird, ist nicht unzweifelhaft. Vgl. Goldschmidt Handelsr. 2. Aufl. II § 61 Note 21a, Brinz 2. Aufl. II S. 696, Bechmann II S. 335 Note 1. Der letztgenannte Schriftsteller behauptet (a. a. O. S. 320 fg.), der reine Genuskauf sei seinem juristischen Wesen nach nicht Kauf, sondern ein selbständiges Geschäft (Lieferungsgeschäft). [Dernburg II § 94 Note 17 (18).] — Alternative Bestimmung des Kaufgegenstandes: l. 25 pr. l. 34 § 6 D. h. t. 18. 1.

[5a] Vgl. zum Folgenden im Besonderen: Ube Arch. f. civ. Pr. LII S. 96 fg. (1869). G. Fels das pretium certum des röm. R. Kieler Inaug.-Diss. 1878. Darüber Eck Jen. Literaturzeit. 1879 S. 410, Mandry Arch. f. civ. Pr. LVIII S. 147. S. auch Goldschmidt Handelsr. 2. Aufl. II S. 119 fg.

[5b] „Quanti tu eum emisti, quantum pretium in arca habeo“, l. 7 § 1 D. h. t. L. 37 eod. Marktpreis, Fabrikpreis, Ladenpreis. Fels S. 73, Goldschmidt S. 121. 124. [Eine historische Entwickelung im röm. R. nimmt an Dernburg II § 94 Note 20 (21).]

die bezeichnete Quelle möglicherweise versagen, so ist der Kaufvertrag ein bedingter; dieß gilt im Besonderen von dem Fall, wo der Kaufpreis durch einen Dritten bestimmt werden soll[5c]. Auch durch Verweisung auf das, was billig, angemessen ist, kann der Kaufpreis ausgedrückt werden[5d]. Hierher gehört auch der Fall, wo über den Kaufpreis gar nichts gesagt ist; die Meinung der Vertragschließenden ist, daß der Verkäufer solle fordern dürfen, aber daß er nichts Unbilliges solle fordern dürfen[5e]. Ist die Bestimmung des Kaufpreises dem Käufer oder dem Verkäufer überlassen, so ist im Zweifel als der Wille der Vertragschließenden anzunehmen, daß das billige Ermessen, nicht daß die Willkür der bezeichneten Person entscheiden solle[6]. Aber auch wenn es feststeht, daß die Vertragschließenden das Letztere gewollt haben, ist das Geschäft nicht ungültig[7]; nur ist in dem Fall, wo der

[5c] L. 15 C. h. t. 4. 38, § 2 [1] I. h. t. Vgl. Gai. III. 140. Ube S. 101 fg., Fels S. 6 fg. 42 fg. 77, Goldschmidt S. 122. 126. 127, Bechmann S. 344 fg. 354.

[5d] L. 16 § 9 D. de pign. 20. 1, s. aber auch l. 25 pr. D. loc. 19. 2. Vgl. Ube S. 98 fg., Fels S. 9 fg. 46 fg. 73 fg., Goldschmidt § 64b Note 19. 22. 31. 36, Bechmann S. 348 fg. 352, [Dernburg II § 15 Note 6].

[5e] Den einmal geforderten Preis kann der Verkäufer hinterher nicht mehr erhöhen; durch die Stellung des Preises bringt er das Geschäft zum Abschluß. Die Römer gewährten übrigens in diesem Fall nur actio praescriptis verbis auf Grund geschehener Lieferung. Vgl. l. 22 D. de praescr. verb. 19. 5, § 1 I. de loc. et cond. 3. 24, und über die verschiedenen Ansichten: Thon Zeitschr. f. Civ. u. Pr. X S. 202 fg., Ube S. 130 fg., Fels S. 13 fg. 78 fg., Goldschmidt § 64b Note 25. 31, Bechmann S. 356 fg. Seuff. Arch. II. 177. 284, IX. 339, XI. 233, XII. 19, XVI. 41, XXII. 132. 133, XXIX. 127, XXXIII. 17.

[6] L. 22 § 1 D. de R. I. 50. 17. Vgl. l. 7 pr. D. h. t., l. 6. 77. 79 D. pro socio 17. 2, l. 24 pr. D. loc. 19. 2, l. 3 C. de dot. prom. 5. 11. Thon Zeitschr. f. Civ. u. Pr. X S. 207 fg., Ube S. 114 fg. Bis die betreffende Bestimmung getroffen ist, ist das Geschäft negotium imperfectum (l. 35 § 1 D. h. t.), aber deßwegen nicht ungültig. L. 13 C. h. t. 4. 38 spricht nicht von billigem Ermessen, und würde nichts beweisen, wenn sie es thäte, vgl. Note 7. A. M. Unterholzner S. 230 Note 1, Thöl I § 252 Note 9, Fels S. 55, Goldschmidt S. 119, Bechmann S. 348, [Rümelin Selbstcontrahiren des Stellvertreters S. 51, Dernburg II § 15 Note 7. 8]: jedoch Fels (S. 75) Goldschmidt (S. 126) [und Dernburg (Note 7)] nicht für das heutige Recht. Seuff. Arch. XXIX. 20, vgl. XXX. 237. Vgl. Holzschuher III S. 20. 21.

[7] Wer sich anheischig machen kann, für ein Garnichts zu leisten, kann sich auch anheischig machen, für ein vom Gegner zu bestimmendes x zu leisten. Nicht entgegensteht l. 13 C. h. t. 4. 38. „In vendentis vel ementis voluntatem collata condicione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est". Diese Stelle braucht nicht davon verstanden zu werden, daß keiner der Contrahenten gebunden sei; der Plural „contrahentes" will sagen: Verkäufer bez. Käufer. Ebenso Puntschart die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Privatr. S. 192. Die Meisten freilich nehmen an, daß die Stelle das ganze Geschäft für nichtig erkläre (Bechmann S. 224). Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. I S. 278 versteht die Stelle von einem bloßen Vertrags-

Käufer von seiner Willkür einen derartigen Gebrauch macht, daß seine Leistung als Aequivalent der Gegenleistung nicht mehr angesehen werden kann, nicht Kauf sondern Schenkung vorhanden[7a]. Ebenso ist Schenkung und nicht Kauf vorhanden, wenn die Erklärung, daß der Käufer eine Sache, oder die Erklärung, daß der Verkäufer für die Sache einen Preis erhalten solle, nicht ernstlich gemeint ist[8].

§ 387.

Der Kauf kann unter einer Bedingung abgeschlossen werden, einer aufschiebenden oder einer auflösenden. Es kann auch bloß die Verpflichtung des Verkäufers, oder bloß die Verpflichtung des Käufers[1] von einer Bedingung, es kann auch jede dieser Verpflichtungen von einer verschiedenen Bedingung abhängig gemacht werden[2]. Für den bedingten Kauf gelten die gleichen Regeln, wie für bedingte Rechtsgeschäfte überhaupt, namentlich auch was den Fall angeht, wo die Bedingung auf das nackte Wollen, die Willkür, einer der Parteien gestellt ist. Ist in diesem Fall die Bedingung a) eine aufschiebende, so ist derjenige Contrahent, auf dessen Willkür die Bedingung gestellt ist, einstweilen gar nicht, sein Gegner bedingt verpflichtet; durch die Erfüllung der Bedingung aber, unter welcher sein Gegner verpflichtet ist, wird auch für ihn eine Verpflichtung erzeugt[3]. Ist die Bedingung b) eine auflösende, so wird durch die Erfüllung derselben der Vertrag

---

anbieten; dawider Arndts § 300 Anm. 3. S. noch § 309 Note 11 (Versteigerung mit sofortiger Gebundenheit des Versteigerers); vgl. dazu aber auch Goldschmidt Note 16 a. E.

[7a] Ein Beispiel eines wirklich die Gültigkeit des Kaufvertrages ausschließenden pretium incertum s. bei Seuff. Arch. XXI. 191, vgl. l. 44 D. h. t. 18. 1. [Vgl. Kolligs Magaz. für d. R. der Gegenwart VIII S. 241 fg.]

[8] L. 36. 38 D. h. t. 18. 1, l. 3. 9 C. eod. 4. 38. Hierher gehört auch der Fall, wo das, was der Eine erhalten soll, als Aequivalent für die von ihm zu machende Leistung gar nicht angesehen werden kann (venditio nummo uno). Anders, wenn es nur dem Werthe seiner Leistung nicht gleichkommt; in diesem Falle ist das Geschäft Kauf, trägt aber zugleich eine Schenkung in sich (§ 365 Note 3). Vgl. Bechmann I S. 212 fg. II S. 150 fg.

§ 387. [1] Vgl. die Analogie der emtio spei und dazu § 385 Note 8c. Bloß die Verpflichtung des Verkäufers ist bedingt bei dem modernen Ausspielgeschäft, welches aber nach particularrechtlicher Bestimmung gewöhnlich einer polizeilichen Concession bedarf. Vgl. über dieses Geschäft Krügelstein Spiel und Wette (Leipzig 1869) S. 4—7, Stobbe III S. 345 fg., Waag Jahrb. f. Dogm. XXI S. 393 fg.

[2] Dieß folgt unmittelbar aus dem Vorhergehenden.

[3] S. § 321 Ziff. 5. a, I § 93 Note 1. In l. 7 pr. D. h. t. 18. 1 heißt es nur: „venditio nulla est", obgleich freilich Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVI S. 267 meint, es sei „nichts gewisser", als daß die Stelle „beiderlei Geschäfte" für ungültig erkläre. Ueber l. 13 C. h. t. 4. 38 s. § 386 Note 7.

aufgelöst nach dem gemeinen Recht der auflösenden Bedingung, so also, daß, wenn der Käufer es ist, auf dessen Willkür die Bedingung gestellt ist, die von demselben in der Zwischenzeit auf die Kaufsache gelegten dinglichen Lasten aufrecht erhalten bleiben[4].

Ein besonderer Fall des Kaufes unter einer auf nacktes Wollen gestellten Bedingung ist der s. g. Kauf auf Besicht oder auf Probe[5]. Der Sinn eines solchen Kaufes ist im Zweifel, daß der Käufer sich nach seinem freien Belieben solle entscheiden dürfen, ob er gekauft haben wolle, oder nicht, ohne, wenn er sich für das Letztere entscheidet, darüber Rechenschaft geben zu müssen, daß ihm die Sache wirklich nicht gefalle[6]. Die Parteien können dabei eine aufschiebende oder eine auflösende Bedingung gewollt haben[7]; ob sie das Eine oder das

[4] S. § 323 Note 6; l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6. Der Verkäufer kann aber die Rücknahme der Sache verweigern, wenn der Käufer diese Lasten nicht ablöst oder ihn für dieselben entschädigt. Vgl. l. 21 § 1 l. 43 § 8 D. de aed. ed. 21. 1.

[5] Vgl. über dieses Geschäft: Cropp in Heise und Cropp Juristische Abhandlungen I Nr. 12 (1827). Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. I S. 66 fg. 262 fg. 386 fg. (1858). Fitting das. II S. 203 fg. (1859). Unger das. III S. 386 fg. (1860). Fitting das. V S. 79 fg. (1862). (Eine dankenswerthe Zusammenstellung des Inhalts der vier zuletzt genannten Aufsätze gibt Fitting Arch. für civ. Pr. XLVI S. 237 fg. [1863]). Oijens koop en verkoop op de proef. Leiden 1872. Bechmann II S. 226—252. S. ferner Arndts § 301 Anm. 5, Vangerow III § 635 Anm. Nr. II, Thöl Handelsr. I § 71 (6. Aufl. § 259), Brackenhöft Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVII S. 305 fg. (vgl. Bechmann S. 226 Note 1 a. E.), F. Hofmann über das Periculum beim Kauf (1870) S. 92 fg. [G. Caro die Theorie der emtio ad gustum. Greifsw. Inaug.-Diss. 1871. Dazu Bekker krit. VJSchr. XV S. 546 und Pand. II S. 216.] — Für das Geschäft sind außer den im Text genannten Bezeichnungen verschiedene andere vorgeschlagen worden: „Handel nach Belieben", „Handel nach Gefallen", „Handel auf Gefallen" (s. Fitting Arch. S. 242), „Handel auf Laune" (Thöl). S. auch Thöl § 71 (259) im Anf.

[6] So die herrschende Meinung. Seuff. Arch. X. 40, XVIII. 239. Das Gegentheil hat Unger a. a. O. S. 407 fg. auszuführen versucht; s. gegen denselben namentlich Fitting in dem zweiten Aufsatz S. 90—115. Oijens p. 3 sq., Bechmann S. 226 fg. S. auch HGB. Art. 339. Wie Unger auch Brinz 1. Aufl. S. 1469. — Beim Weinkauf hat nach Goldschmidt (S. 73) im römischen Verkehrsleben der Vorbehalt der degustatio (l. 1 pr. l. 4 pr. § 1 l. 16 [15] D. de per. 18. 6, l. 34 § 5 D. h. t. 18. 1, Cato de re rustica c. 148) nicht die Bedeutung gehabt, dem Käufer ein unbedingtes Rücktrittsrecht zu gewähren, sondern nur ein Rücktrittsrecht für den Fall, daß bei der Probe sich der Wein als verdorben ausweisen sollte. Uebereinstimmend Fitting a. a. O., Vangerow III § 635 Anm. Nr. II. A, Kohler Jahrb. f. Dogm. XVII S. 355 fg., Wendt Reurecht und Gebundenheit Heft 2 S. 35, Bechmann II S. 537 fg.; zweifelnd Arndts § 301 Anm. 2 (a. M. bis zur 5. Aufl.). — Es kann ausgemacht werden, daß der Käufer für das ihm eingeräumte Wahlrecht eine Vergütung solle zu zahlen haben. Hierher gehört das kaufmännische Prämiengeschäft. Thöl Handelsr. I § 91 fg. (6. Aufl. § 286 fg.).

Andere gewollt haben, ist, wenn die gebrauchten Ausdrücke keinen Anhalt geben, nach den Umständen des besonderen Falles zu entscheiden[8]. Haben sie eine aufschiebende Bedingung gewollt, so kommt ein Vertrag erst zu Stande durch die Billigung des Käufers, und diese Billigung kann natürlich auch dann verweigert werden, wenn die Sache inzwischen untergegangen oder verschlechtert worden ist; jedoch muß der Käufer Ersatz geben, wenn dieß durch seine Schuld geschehen ist[9]. Haben sie eine auflösende Bedingung gewollt, so bleibt der zu Stande gekommene Verkauf bestehen bis zur Mißbilligung des Käufers; durch die Mißbilligung aber wird er deßwegen nicht weniger rückgängig gemacht, weil dieselbe erfolgt, nachdem die Kaufsache untergegangen oder schlechter geworden ist[10], vorbehaltlich natürlich auch hier der

---

[7] Aufschiebende Bedingung: § 4 I. h. t., l. 20 pr. § 1 D. de praescr. verb. 19. 5. Auflösende Bedingung: l. 20 pr. § 1 cit., l. 6 D. de resc. vend. 18. 5, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6. — Die Parteien können möglicherweise auch weder aufschiebende, noch auflösende Bedingung gewollt haben, sondern Entstehen einer obligatorischen Verbindlichkeit zur Rückgängigmachung der eingetretenen Wirkungen des Geschäfts (I § 90 Note 2 und 3). Dabei ist es, wenn der Rücktritt dem Käufer vorbehalten ist, noch speciell möglich, daß die Parteien die Anwendung der Grundsätze des aedilicischen Edicts über die Redhibition gewollt haben, wo dann der Rücktritt binnen 60 Tagen erklärt werden muß, l. 31 § 22 D. de aed. ed. 21. 1. Bei den Römern wurde auf diesen letzteren Willen aus dem Gebrauch gewisser Ausdrücke geschlossen, namentlich aus dem Gebrauch des Ausdrucks redhibere (l. 31 § 22—24 D. de aed. ed. 21. 1), vielleicht auch des Ausdrucks inemtum esse (l. 4 C. de aed. ed. 4. 58, Vat. fr. § 14; l. 3 D. h. t. 18. 1, l. 2 § 5 D. pro emt. 41. 4, l. 11 § 13 D. quod. vi aut cl. 43. 24.) Vgl. § 323 Note 14 und die Citate daselbst.

[8] Ist es dabei ein relevanter Umstand, daß die Kaufsache übergeben oder noch nicht übergeben worden ist? Cropp S. 193. 194, Thöl § 71 Note 25. 26 (§ 259 Note 43. 44), Goldschmidt S. 115. — Was ist, wenn die Umstände eine Entscheidung nicht an die Hand geben, im Zweifel anzunehmen? Vgl. über diese Frage Cropp S. 191—196, Goldschmidt S. 116 (über den Fall des Weinkaufs ad gustum dens. S. 76 fg.), Thöl § 71 Note 24 (§ 259 Note 43), Puchta § 360 i. k, Fitting II S. 277; Seuff. Arch. XVIII. 236. M. E. wird nichts Anderes übrig bleiben, als im einzelnen Fall gegen denjenigen zu entscheiden, welcher darauf, daß die Bedingung eine aufschiebende oder auflösende sei; einen Anspruch gründet (I § 84 Note 7a). — HGB. Art 339 Satz 1. „Diese Bedingung ist im Zweifel eine aufschiebende".

[9] L. 17 § 2. 4 l. 20 § 1. 2 D. de praescr. verb. 19. 5. Ebenso muß der Käufer den von der Sache gezogenen Gewinn herausgeben, l. 13 § 1 D. comm. 13. 6, l. 10 pr. D. de praescr. verb. 19. 5. Vgl. Seuff. Arch. XXVIII. 208.

[10] Der Verkäufer trägt also die Gefahr nicht bloß der Verschlechterung, sondern auch des Unterganges. Das Letztere ist jedoch bestritten; anerkannt wird es von Schweppe Röm. Privatr. III § 333 Note 3, Brinz 1. Aufl. S. 482, Czyhlarz a. a. O. (Note 7) S. 48, Wendt Reurecht und Gebundenheit Heft 2 S. 109 fg., geleugnet von Goldschmidt S. 120, Fitting II S. 270, Thöl Note 22a (6. Aufl. Note 38), Hofmann S. 94, Vangerow 7. Aufl. S. 437, Puntschart (§ 390 Note *) S. 353 fg., [Dernburg II § 95 Note 11]. Bleibt

Entschädigungsverbindlichkeit des Käufers. Billigung und Mißbilligung müssen rechtzeitig erfolgen[11]; sonst gelten sie als nicht geschehen[12]. Rechtzeitig sind sie, wenn sie innerhalb der im Vertrage vorgeschriebenen Zeit erfolgen; wenn keine Zeit vorgeschrieben ist, sind sie rechtzeitig, wenn sie erfolgen binnen ortsüblicher Frist, oder, wo eine solche nicht besteht, so bald als möglich[13]. Billigung und Mißbilligung können nicht bloß ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erklärt werden[14]. — Von dem Kauf auf Probe ist zu unterscheiden der Kauf nach Probe: Kauf einer Quantität von Sachen, welche einer vorgelegten Probe entsprechen sollen[15].

---

man bei dem reinen Rechte der auflösenden Bedingung stehen, so wird man nicht anders entscheiden können, als im Texte geschehen (§ 390 Note 10), und die Frage wird nur die sein können, ob man nicht aus den von den Parteien gebrauchten Worten oder aus anderen Umständen auf eine entgegengesetzte Willensmeinung schließen dürfe. Z. B. es wäre gesagt: es solle bei Nichtgefallen der Sache gegen Rückgabe der Sache das Kaufgeld zurückgefordert werden können. So im Resultat auch Bechmann II S. 548 fg. [Vgl. l. 20 § 1 D. de praescr. verb. 19. 5.]

[11] Eine nicht rechtzeitige Billigung bringt den Kaufvertrag nicht zu Stande; eine nicht rechtzeitige Mißbilligung löst ihn nicht auf. Will der Verkäufer die nicht rechtzeitige Billigung oder Mißbilligung dennoch annehmen, so wird nun ein neuer Vertrag abgeschlossen. — Ueber die jetzt aufgegebene Ansicht, daß der Käufer durch Unterlassung der Erklärung binnen der rechten Zeit in Verzug komme, s. Vangerow S. 453 (7. Aufl. S. 436. 437). Goldschmidt S. 128 fg., Thöl Note 20. 20a (6. Aufl. Note 34. 35), Bechmann S. 249. Vgl. übrigens auch Note 14.

[12] Ist der Verkäufer schuld daran, daß der Käufer sich nicht rechtzeitig erklären kann, so schadet das natürlich dem Letzteren nicht. L. 4 pr. D. de peric. 18. 6.

[13] Dieß muß als die Willensmeinung der Parteien angesehen werden. Die herrschende Meinung gestattet bei der auflösenden Bedingung eine Frist von 60 Tagen auf Grund von l. 31 § 22 D. de aed. ed. 21. 1; s. darüber Note 7 und § 323 Note 14. In Betreff der aufschiebenden Bedingung gehen die Meinungen auseinander; s. Cropp S. 198. 199, Goldschmidt S. 125—127, Thöl Note 18. 19 (6. Aufl. Note 33), Vangerow S. 453 der 6. S. 437 der 7. Aufl., Wendt Reurecht und Gebundenheit Heft 2 S. 83 fg., Bechmann S. 246 fg. Ueber l. 4 § 1 D. de peric. 18. 6 s. Goldschmidt S. 95—98, Bechmann II S. 539. — HGB. Art. 339 Absatz 3. „In Ermangelung einer verabredeten oder ortsgebräuchlichen Frist kann der Verkäufer nach Ablauf einer den Umständen angemessenen Zeit den Käufer zur Erklärung auffordern; er hört auf, gebunden zu sein, wenn der Käufer sich auf die Aufforderung nicht sofort erklärt“.

[14] Liegt eine stillschweigende Billigung auch in dem Verstreichenlassen der festgesetzten oder durch Auffordern des Käufers bestimmten Frist bei übergebener Sache? S. Goldschmidt S. 454 Note 10, Fitting V S. 113 Note 38; Vangerow 7. Aufl. S. 437, Bechmann S. 250. Die Frage ist bejaht im HGB. Art. 339 Satz 4. Vgl. Wendt Reurecht und Gebundenheit Heft 2 S. 81. Seuff. Arch. XXXIV. 200.

[15] Cropp in Heise und Cropp Juristische Abhandlungen I Nr. 13 (1827), Hesse Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III S. 145 fg. (1827); Thöl Handelsr. I

Es kann auch eine auf das nackte Wollen gestellte Bedingung mit einer anderen Bedingung verbunden werden. Hierher gehört es, wenn dem Verkäufer der Rücktritt für den Fall besseren Gebotes oder für den Fall nicht rechtzeitiger Entrichtung des Kaufgeldes vorbehalten wird[16]. Vgl. darüber die allgemeine Darstellung in § 323.

§ 388.

Ob Jemand einen Kaufvertrag abschließen will, oder nicht, hängt regelmäßig von seinem freien Willen ab[1]; ausnahmsweise kann eine Nöthigung zum Abschluß eines Kaufvertrages begründet sein, entweder durch Gesetz[2], oder durch richterliche Verfügung, oder durch Rechtsgeschäft. Im Besonderen gehört hierher:

1) der Vertrag auf Wiederverkauf[3] oder auf Wiederkauf[4]. Ist über den Preis, zu welchem der Kaufvertrag abgeschlossen werden soll, im Vertrage nichts bestimmt, so ist im Zweifel der Kaufpreis

---

§ 72 (6. Aufl. § 260). HGB. Art. 340. Seuff. Arch. XXXI. 325. 326, XXXII. 97. Entsch. d. RG. XI S. 36. — Verkauf zur Probe: HGB. Art. 341. Thöl § 72 (260) a. E.

[16] In diem addictio und lex commissoria. Möglicherweise kann die in diem addictio auch so gemeint sein, daß für den Fall besseren Gebotes der Käufer solle zurücktreten dürfen, l. 9 D. de in diem add. 18. 2. Was in dieser Beziehung die lex commissoria angeht, so ist nicht anzunehmen, daß es in der Absicht der Parteien gelegen habe, dem Käufer für seine vertragswidrige Säumniß einen Vortheil zuzuwenden. L. 2. 3 D. de leg. commiss. 18. 3.

§ 388. [1] L. 11. 13 C. h. t. 4. 38.

[2] Außer den unten zu nennenden Fällen des gesetzlichen Vorkaufsrechts gehören hierher l. 12 pr. D. de relig. 11. 7 und l. 14 § 1 D. quemadm. serv. 8. 6 (I § 169 Note 4); ferner l. 2 l. 5 § 1 D. de distr. pign. 20. 5 (I § 248 Note 27), l. 3 § 4 C. de iure dom. 8. 33 [34] (I § 238 Note 5 a. E.), und die antiquirten Bestimmungen der l. 2 D. de his qui sui 1. 6, l. 1 C. de comm. serv. 7. 7, l. 2 (vgl. l. 3. 4) C. pro quib. caus. serv. 7. 13; l. 9 C. de oper. publ. 8. 11 [12] (= l. 30 C. Th. de oper. publ. 15. 1, vgl. l. 50. 53 eod.), l. 1. 2 C. ut nemini liceat 10. 27, Nov. 7 c. 2 § 1. S. übrigens auch Bechmann II S. 263 fg. HGB. Art. 522. — Gehört auch die heutige Expropriation hierher? Dafür eine weitverbreitete Meinung, und im Besonderen Gerber § 174b (seit der 6. Aufl.). Seuff. Arch. XIV. 226, XXXIV. 305. Dawider Laband Arch. f. civ. Pr. LII S. 169 fg., Dernburg preuß. Privatr. I S. 59, Grünhut und v. Rohland in den sogleich zu citirenden Schriften, Stobbe II § 92, Beseler § 90 (seit der 4. Aufl.), welche Schriftsteller ihrerseits verschiedene Ansichten vertreten. Seuff. Arch. XXV. 29. Neueste Literatur: Grünhut das Enteignungsrecht, Wien 1873. v. Rohland zur Theorie und Praxis des deutschen Enteignungsrechtes, Leipzig 1875. Randa Grünhut's Zeitschr. X S. 613 fg. XI S. 1 fg. (1883. 1884).

[3] S. g. pactum de retrovendendo. L. 12 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 2 C. de pact. inter emt. 4. 54. S. übrigens auch Note 7.

[4] S. g. pactum de retroemendo. — Ueber beide Verträge s. Sintenis II S. 637—639.

des früheren Kaufes als gewollt anzunehmen[5]; ist über die Zeit, binnen welcher das Recht auf Wiederverkauf oder auf Wiederkauf geltend gemacht werden soll, nichts bestimmt, so gilt die gewöhnliche Zeit der Anspruchsverjährung[6]. Beide Verträge wirken nur obligatorisch, und sind daher wohl zu unterscheiden von der Vereinbarung, daß der Kauf durch Rückgabe der Kaufsache oder des Kaufpreises solle rückgängig gemacht werden können[7].

2. Das Vorkaufsrecht[8]. Jemand muß, wenn er verkaufen will, einer bestimmten Person die Vorhand lassen, vorausgesetzt daß dieselbe gleiche Bedingungen bietet, wie ein dritter Kauflustiger geboten hat[9]. Auch das Vorkaufsrecht wirkt nur obligatorisch[10], und ist daher nicht zu verwechseln mit dem dinglich wirkenden deutschen Näher- oder Retractrecht[11]. Das Vorkaufsrecht kann nicht bloß vertragsmäßig begründet werden[12]; es gibt auch gesetzliche Vorkaufsrechte[13]. —

Der Kaufvertrag ist nicht immer erlaubt. Personen, die fremdes Vermögen kraft Amtes verkaufen oder verwalten, ist es verboten, an sich selbst zu verkaufen[14]. Ein gleiches Verbot gilt für den Pfandgläubiger[15].

---

[5] Streitig. Andere nehmen den Taxwerth an.

[6] S. I § 107 Note 5 und 9, Sintenis S. 639 Anm. 233.

[7] L. 7 C. de pact. int. emt. 4. 54. — Möglich ist auch, daß die Parteien nicht sowohl einen Vertrag auf Abschluß eines Kaufvertrages gewollt haben, als einen bedingten Kaufvertrag; d. h. es wird jetzt sogleich rückverkauft bez. rückgekauft unter der Bedingung, daß der Verkäufer bez. Käufer im ersten Kaufvertrag es wollen sollten. Ein solcher Vertrag ist in seinem praktischen Ergebniß von dem Vertrag auf Rückverkauf oder Rückkauf nicht verschieden. Es muß dahingestellt bleiben; ob nicht die in Note 3 genannten Stellen eher in diesem Sinne zu verstehen sind, als in dem Sinne eines pactum de retrovendendo. Zu weit wohl geht Degenkolb Begriff des Vorvertrages S. 22. 23, und jedenfalls Göppert krit. VJSchr. XIV S. 407, welcher Letztere das pactum de retrovendendo einfach mit dem pactum displicentiae identificirt, als wenn dieses nicht dingliche Wirkung hätte oder haben könnte.

[8] Sintenis S. 639. 640. Seuff. Arch. XXX. 29. 247.

[9] L. 3 C. de iure emph. 4. 66. Seuff. Arch. XXXII. 140.

[10] Seuff. Arch. VII. 37. Kann ihm durch Vertrag dingliche Wirkung beigelegt werden? Seuff. Arch. XXXII. 43.

[11] Gerber § 175—177, Beseler § 124. 125 (4. Aufl. § 93. 94), Stobbe II § 87—91. Laband Arch. f. civ. Pr. LII S. 151 fg.

[12] Durch Rechtsgeschäft kann auch bestimmt werden, daß der Eigenthümer Niemandem als einer bestimmten Person überhaupt solle verkaufen dürfen. L. 75 D. h. t. 18. 1, l. 21 § 5 D. de A. E. V. 19. 1, l. 122 § 3 D. de V. O. 45. 1.

[13] Vor Allem das Vorkaufsrecht des Eigenthümers der Emphyteuse, l. 3 C. de iure emph. 4. 66. S. ferner l. 16 D. de reb. auct. iud. 42. 5 und l. 60 D. de pact. 2. 14, l. 1 C. de metallar. 11. 7 [6], und vgl. l. 14 C. h. t. 4. 38. Seuff. Arch. XXII. 230.

[14] L. 34 § 7 D. h. t. 18. 1, l. 5 § 2—4 D. de auct. 26. 8, l. 46 D. h. t.

c. Verpflichtungen.

α. Ueberhaupt.

§ 389.

Die Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage stehen unter freiem richterlichen Ermessen, dessen Grundlage auch hier neben den Verabredungen der Parteien die allgemeine und besondere Absicht des Geschäfts bildet[1]. Die Hauptpunkte sind folgende[1a].

1. Der Verkäufer ist verpflichtet, dafür zu sorgen, daß der Käufer die Kaufsache habe[2]; das heißt näher: in seinem Vermögen habe.

Regelsberger civilr. Erörterungen I S. 188, Römer Zeitschr. f. Handelsrecht XIX S. 77 fg. 84 fg. Seuff. Arch. XVIII. 222. [Ausnahme bei der Versteigerung, l. 2 § 8. 9 D. pro emt. 41. 4, l. 5 C. de contr. emt. 4. 38. Rümelin in der unten citirten Schrift S. 180 fg.] Abgesehen von positiven Verboten dieser Art kann Jemand einen Kaufvertrag, wie Verträge überhaupt, als Vertreter eines Andern mit sich selbst, oder mit sich als Vertreter eines Andern, abschließen. Römer a. a. O. S. 67 fg. So hat auch das RG. 23/11 81, Entsch. VI S. 11 (Seuff. Arch. XXXVII. 190), [und 18/10 82, Entsch. VII S. 119.] entschieden. Anders das ROHG. Entsch. VIII S. 393. A. M. auch Bechmann II S. 286 fg., [Muskat Zeitschr. f. HR. XXXIII S. 507 fg., Lepa die Lehre vom Selbsteintritt des Kommissionärs in Einkaufs- und Verkaufsaufträge S. 226 fg., Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. XXVII S. 146 fg. Die neueste Schrift über diesen Gegenstand ist die von Rümelin das Selbstcontrahiren des Stellvertreters, 1888. Dieser Schriftsteller verwirft das Selbstcontrahiren nicht principiell, läßt es aber auch nicht principiell zu.]

[15] L. 10 C. de distr. pign. 8. 27 [28]. — Das römische Recht verbot außerdem Provinzialbeamten, während ihrer Amtsführung in ihrer Provinz etwas Anderes zu kaufen, als Sachen des täglichen Bedürfnisses (l. 62 pr. D. h. t. 18. 1, l. 6 § ult. D. de off. procons. 1. 16, l. un. § 2. 3 C. de contr. iud. 1. 53). Ferner sollten Soldaten in der Provinz, in welcher sie dienten, keine Grundstücke kaufen (l. 9 pr. D. de re militari 49. 16). Diese Sätze des römischen Verwaltungsrechts sind heutzutage unanwendbar. L. 3 D. de extr. cogn. 50. 13 enthält kein Verbot des Kaufes zwischen Aerzten und Patienten, sondern erklärt den Kauf für ungültig, zu welchem der Arzt den Patienten durch Mißbrauch seiner ärztlichen Gewalt bestimmt habe (vgl. § 404 Note 9). Bechmann II S. 290 fg.

§ 389. [1] Die actiones aus dem Kaufe sind actiones bonae fidei, § 28 I. de act. 4. 6, l. 11 § 1 D. h. t. (de actionibus emti et venditi) 19. 1. L. 11 § 1 cit. „Et imprimis sciendum est, in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit; cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. Quodsi nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate".

[1a] S. außerdem noch z. B. l. 29. 30 D. de contr. emt. 18. 1, l. 2 C. de A. E. V. 4. 49, und darüber Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVII S. 287 fg. XLVIII S. 308 fg. und die an letzterem Ort citirte Dissertation von Thilo.

[2] Es ist schon öfter bemerkt worden (I § 177 Note 1, § 321 zu Note 19, § 365 Note 18), daß die Verkaufserklärung nicht gedacht werden darf als in erster Linie auf die Erzeugung einer Verbindlichkeit gerichtet. Ihr nächster In-

Zur Erfüllung dieser Verpflichtung ist nicht erforderlich die Verschaffung des Rechts am Kaufgegenstand[3]; aber es ist erforderlich die Verschaffung des Genusses des Rechts[4]. Im Besonderen ist im Fall des Kaufs einer körperlichen Sache der Verkäufer nicht verpflichtet, den Käufer zum Eigenthümer der Kaufsache zu machen[5]; aber er ist

---

halt ist eben der, daß der Käufer die Sache haben solle, und eine Verbindlichkeit ergibt sich aus der Vertragserklärung nur dadurch, daß der wirkliche Zustand ihr nicht entspricht. Entspricht ihr der wirkliche Zustand sofort, so ist der Verkäufer zu nichts oder nur noch zu Nebenleistungen verpflichtet. So z. B. bei dem Verkaufe einer Dienstbarkeit (I § 212 Note 1) oder einer Forderung (II § 330 Note 6), wenn der Verkäufer berechtigt und übertragungsfähig ist. Für diese Auffassung des Inhalts der Verkaufserklärung spricht auch die Unbefangenheit, mit welcher unsere Quellen, gerade wie das noch heutzutage im Leben geschieht, die Begriffe venditio und alienatio identificiren, s. z. B. l. 47 § 6 D. de pec. 15. 1, l. 55 D. de contr. emt. 18. 1, l. 6 C. de furt. 6. 2, l. 29 § 1 D. de statulib. 40. 7, l. 77 § 27 D. de leg. II° 31, vgl. l. 55 D. de O. et A. 44. 7, l. 109 D. de V. S. 50. 16. Vgl. auch Voigt condictiones ob causam S. 426—429. ius naturale IV S. 519 fg., Goldschmidt Handelsr. I § 81 z. A. und die § 321 Note 19 Citirten; [jetzt noch Dernburg II § 94 Note 6 (gegen die hier vertheidigte Auffassung)].

[3] Es ist nicht erforderlich die Verschaffung des Rechts. Aber die Verschaffung des Rechts widerspricht dem Wesen des Kaufvertrags nicht. Umgekehrt, der Kaufvertrag ist auf Verschaffung des Rechts gerichtet. Der in dem Kaufvertrage erklärte Wille des Verkäufers geht darauf, daß der Käufer die Sache dem Rechte nach, nicht, daß er sie bloß thatsächlich haben solle. Der Wille des Verkäufers geht auf thatsächliches Haben überhaupt nicht, oder doch nur insofern, als das thatsächliche Haben die Consequenz des rechtlichen Habens ist. Wäre der Wille des Verkäufers auf thatsächliches Haben gerichtet, so würde der Käufer durch einseitige Inbesitznahme der Kaufsache Eigenthümer werden, und davon ist das Gegentheil wahr. Der Käufer wird Eigenthümer durch Inbesitznahme nur dann, wenn dieselbe erfolgt auf Grund eines neuen Willensactes des Verkäufers. L. 33 D. de A. v. A. P. 41. 2, s. auch l. 1 § 5 D. de exc. rei vend. et trad. 21. 3. Seuff. Arch. XXIV. 188. (Zu weit gehend, jedenfalls unvorsichtig im Ausdrucke, Bernhöft Jahrb. f. Dogm. XIV S. 81 fg.) Ist aber der Wille des Verkäufers nicht gerichtet auf thatsächliches Haben, so muß er gerichtet sein auf rechtliches Haben. Deßwegen heißt es auch in l. 80 § 3 D. de contr. emt. 18. 1: „Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emtorem transeat". Von der andern Seite ist es ebenso wahr, daß das römische Recht dem Käufer auf Grund bloß davon, daß ihm nicht das Recht verschafft worden ist, einen Anspruch nicht gewährt, s. Note 5. Die Vermittelung dieses Gegensatzes strebt der im Text gewählte Ausdruck an: der Verkäufer muß dafür sorgen, daß der Käufer die Kaufsache in seinem Vermögen habe. Vgl. l. 52 D. de A. R. D. 41. 1, l. 49 D. de V. S. 50. 16. Ferner l. 188 pr. eod. „'Habere' duobus modis dicitur, altero iure dominii, altero obtinere sine interpellatione id quod quis emerit". Legislatorisches: Kohler krit. VJSchr. XVIII S. 574 fg. Zeitschr. f. franz. Civilr. VIII S. 526 fg. (Ges. Abh. I S. 252 fg.).

[4] Ohne Verschaffung des Genusses des Rechts genügt auch nicht Verschaffung des Rechts. S. Note 6.

[5] L. 25 § 1 D. de contr. emt. 18. 1. „Qui vendidit necesse non habet

verpflichtet, ihm die Kaufsache als eigene zu übergeben[6] und dafür einzustehen, daß er dieselbe wie eine eigene haben und genießen kann[7]. Eine besonders wichtige Seite dieser Verpflichtung des Verkäufers ist seine Verhaftung wegen Entwehrung (Eviction), d. h. seine Verhaftung in dem Falle, wo dem Käufer wegen der rechtlichen Mangelhaftigkeit der ihm gewährten Stellung der Besitz der Sache entzogen wird[8], und von dieser Seite der Verpflichtung des Verkäufers muß unten noch besonders gehandelt werden (§ 391). Aber die Verhaftung wegen Entwehrung ist eben auch nur eine besondere Seite der Verpflichtung des Verkäufers; sie erschöpft diese Verpflichtung nicht[8a].

---

fundum emtoris facere, ut cogitur qui fundum stipulanti spopondit". L. 11 § 2 l. 30 § 1 D. h. t. 19. 1, l. 1 pr. D. de rer. perm. 19. 4, l. 3 C. de evict. 8. 44 [45]. Einen scharfen (zu scharfen?) Ausdruck hat dieser Satz gefunden in l. 16 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. Bechmann II S. 71 fg.

[6] Er ist verpflichtet zum tradere. L. 11 § 2 D. h. t. 19. 1: „Et imprimis ipsam rem praestare venditorem oportet, i. e. tradere . .". Dieser Verpflichtung kann sich der Verkäufer auch durch Verschaffung des Eigenthums nicht entziehen. Seuff. Arch. VIII. 37, XIX. 147; vgl. VI. 187.

[7] Er muß praestare emtori rem habere licere. L. 30 § 1 D. h. t. 19. 1, l. 11 § 18 eod., l. 80 § 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 24 D. de evict. 21. 2.

[8] Die l. 11 § 2 D. h. t. 19. 1 fährt nach den in Note 6 mitgetheilten Worten fort: „Quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum; si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat . .". S. ferner die übrigen in Note 5 citirten Stellen.

[8a] Anders die herrschende Ansicht, und mit ihr die ersten Auflagen dieses Lehrbuchs. Die herrschende Ansicht geht dahin, daß der Verkäufer nur zur Abwehr der Eviction verpflichtet sei. Es ist das Verdienst Eck's, in seiner kleinen Schrift: Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums nach römischem und gemeinem Recht, Halle 1874, das Irrige dieser Ansicht nachgewiesen zu haben. Die Aussprüche der Quellen, welche die Verpflichtung des Verkäufers auf die Verhaftung wegen Entwehrung beschränken, sind zu einseitig. In der Verhaftung wegen Entwehrung findet die Verpflichtung des Verkäufers ihre augenfälligste Erscheinung, und es ist kaum zu verwundern, daß diese ihre Erscheinung anfänglich für ihr Wesen gehalten worden ist. Erst allmälig ist die römische Jurisprudenz zu einer tieferen Erkenntniß vorgedrungen. S. die Noten 8c. 8d. 8e. Spuren dieses Gegensatzes in der Auffassung liegen in den Quellen vor. S. l. 43 l. 45 § 2 D. de A. E. V. 19. 1 und l. 25. 26 D. de evict. 21. 2, l. 30 § 1 D. h. t. 19. 1. Ueber die zuerst genannten Stellen s. Note 8c. In der zuletzt genannten Stelle gibt African dem Käufer einen Anspruch auf „quanti mea intersit (rem) meam esse factam" nur gegen den arglistigen Verkäufer. Die herrschende Meinung macht auf Grund dieser Stelle eine Ausnahme von der Regel der Verhaftung bloß wegen Entwehrung für den Fall der Arglist des Verkäufers. — Gegen Eck hat sich ausgesprochen, ohne ihn zu widerlegen Bernhöft Jahrb. f. Dogm. XIV S. 165 fg. Dieser Schriftsteller stellt die Formel auf: der Verkäufer müsse dafür einstehen, daß er zur Zeit des Verkaufes unentziehbaren Besitz habe. Aber unentziehbarer Besitz ist nur derjenige, welchem das Recht zu besitzen zur Seite steht. Ferner hat sich gegen Eck ausgesprochen Kohler Zeitschr. f. franz. Civilr. VIII S. 518 fg. (Ges. Abh. I S. 244 fg.), dessen

Ohne Besitz kann der Käufer die Kaufsache nicht genießen wie ein Eigenthümer; aber es kann sehr wohl sein, daß er sie nicht genießt wie ein Eigenthümer, obgleich er sie besitzt. Dann kann er vom Verkäufer Verschaffung des Fehlenden verlangen[8b], und überhaupt hat er, wenn ihm das volle Recht an der Sache nicht verschafft worden ist, einen Anspruch gegen den Verkäufer in allen Fällen, wo ihm Etwas entgeht, was er gehabt haben würde, wenn ihm das volle Recht an der Sache wäre verschafft worden[8c]; ja er hat einen Anspruch schon dann, wenn ihm Etwas entgeht, was er gehabt haben würde, wenn der Verkäufer in der Lage gewesen wäre, ihm das volle Recht an der Sache zu verschaffen[8d]. Der Käufer hat einen Anspruch

Widerlegungsversuch ich aber nicht für gelungen halte, und vgl. auch Jhering Jahrb. f. Dogm. XVI S. 294 und darüber § 422 Note 8. Die gleiche Auffassung wie bei Eck findet sich dagegen bei Bechmann Kauf I S. 546 fg. [und bei Dernburg II § 99 Note 29]. — Andere bleiben zwar in Betreff des römischen Rechts bei der herrschenden Ansicht stehen, nehmen aber in Betreff des heutigen eine Aenderung nach der Seite der Verpflichtung zur Eigenthumsverschaffung an, so Keller § 330, Ziebarth Realexecution S. 194. — [Vgl. noch Emilie Kempin die Haftung des Verkäufers einer fremden Sache, Züricher Inaug.-Diss. 1887.]

[8b] So kann der Käufer namentlich verlangen, daß der Verkäufer mitwirke zur Beschaffung der Formen, von welchen nach Particularrechten bei Grundstücken der Eigenthumserwerb oder die Legitimation des Eigenthümers, und damit die Möglichkeit, über die Sache rechtlich zu verfügen, abhängt. Vgl. l. 30 § 1 D. h. t. 19. 1 (Note 8[a]): — „maxime si manumissuro vel pignori daturo vendiderit". Eck S. 37. 43. Seuff. Arch. XXXII. 224, XXXIX. 98 (RG.) (Verpflichtung des Verkäufers zur Vornahme der Mancipation: Eck S. 25, Bechmann I S. 547 fg.) Der Käufer kann ferner verlangen, daß der Verkäufer die Sache von Dispositionsbeschränkungen befreie, welche auf ihr liegen. Vgl. Bl. f. RAnw. XXXIII S. 310 fg.

[8c] Hierher gehören folgende Quellenentscheidungen. Der Käufer eines Sclaven, auf welchem die Auflage der Freilassung ruht, läßt denselben frei; der Verkäufer haftet, weil der Käufer keinen Freigelassenen hat. L. 43 l. 45 § 2 D. h. t. 19. 1. Anders entscheidet (zunächst für den Fall des Verkaufs eines fremden Sclaven) l. 25. 26 D. de evict. 21. 2 (s. Note 8[a]). Die Käuferin einer fremden Sache gibt dieselbe dem Eigenthümer zur Dos; sie hat einen Anspruch, weil sie „indotata" ist. L. 24 D. de evict. 21. 2. Vgl. Eck S. 30. 35. Bernhöft (Note 8[a]) S. 180 bringt diese Entscheidungen mit dem Satze, daß der Verkäufer für „unentziehbaren Besitz" einstehen müsse, mit einem einfachen „daher" in Verbindung, ohne dieses „daher" zu begründen.

[8d] L. 35 § 4 D. de contr. emt. 18. 1. Die Stelle sagt, daß wenn die verkaufte Sache dem Verkäufer ohne seine Schuld durch furtum abhanden gekommen sei, er seine vindicatio und condictio dem Käufer abtreten müsse, — und fährt dann fort: „Unde videbimus in personam eius, qui alienam rem vendiderit, cum is nullam vindicationem aut condictionem habere possit. Ob id ipsum damnandus est, quia, si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emtorem transferre". Bernhöft (Note 8[a]) hat diese Stelle gar nicht beachtet. — Vgl. zu dieser und der vorhergehenden Note l. 8 D. de evict.

gegen den Verkäufer ferner dann, wenn er selbst der Eigenthümer ist[8e], und zur Rückbehaltung des noch nicht gezahlten Kaufpreises ist er schon in dem Fall befugt, wo Entwehrung nur droht[8f]. — Ist dem Verkäufer die Erfüllung seiner Verpflichtung unmöglich, so sind die allgemeinen Grundsätze maßgebend, so daß bei ursprünglicher Unmöglichkeit zwischen objectiver und subjectiver[9], bei nachfolgender zwischen verschuldeter und unverschuldeter Unmöglichkeit unterschieden werden muß (§ 264. 315). Schuld ist für den Verkäufer jede Nachlässigkeit[10]. Ist die Unmöglichkeit ohne Schuld des Verkäufers eingetreten, so ist er nicht nur selbst frei von eigener Leistung[11], sondern bekommt auch,

---

21, 2. „Venditor hominis emtori praestare debet, quanti eius interest, hominem venditoris fuisse".

[8e] Ist er Eigenthümer schon zur Zeit des Kaufes, so ist der Kauf ungültig (§ 385 Note 6); doch hat er auf Rückgabe des Kaufpreises (auch) actionem emti. L. 29 D. h. t. 19. 1, l. 84 § 5 D. de leg. I° 30. Aber auch wenn er später Eigenthümer wird, kann er den gezahlten Kaufpreis zurückfordern, und braucht ihn nicht zu zahlen, wenn dieß noch nicht geschehen ist. Paul. sent. II. 17 § 8, l. 9 l. 41 § 1 D. de evict. 21. 2. Vgl. § 343a Note 6, Eck S. 31 fg. 35 fg. Auch dieser Satz erklärt sich nur aus der Auffassung, daß der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer das Eigenthum der Kaufsache zu verschaffen. Der Käufer, dem kein Eigenthum verschafft worden ist, kann sich nicht darüber beklagen, daß das Eigenthumsrecht bei einem Andern sei, so lange ihm dieses Eigenthumsrecht nichts entzieht; aber wenn er selbst der Eigenthümer ist, kann er geltend machen, daß er nicht zu bezahlen brauche, was er zwar habe, aber nicht durch den Verkäufer habe. — Dem Fall, wo der Käufer Eigenthümer wird, steht der Fall gleich, wo der Eigenthümer (durch Beerbung) Käufer wird. L. 49 D. mand. 17. 1.

[8f] L. 19 [18] § 1 D. de peric. 18. 6, l. 24 C. de evict. 8. 44 [45]. Seuff. Arch. I. 49. 50, VII. 164, IX. 142, XI. 34, XIII. 15. 88. 137, XIV. 128, XVIII. 228 vgl. 229. XXI. 35, XXII. 201, XXIV. 206 vgl. 207. Bekker, Jahrb. f. Dogm. VI S. 323 fg. 332 fg. Dieser Schriftsteller bestreitet, daß eine jede drohende Entwehrung zur Rückbehaltung des Kaufpreises berechtige; nur Beginn des Processes gebe diese Befugniß. Dawider l. 24 cit.: — denuntiatum ab aliquo". [Dernburg II § 97 Note 11.]

[9] Im Einzelnen s. l. 15 pr. l. 34 § 1 l. 57 pr. § 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 28 eod. Mommsen Unmöglichkeit § 2. 3. 14.

[10] L. 23 D. de R. I. 50. 17, l. 5 § 2 D. comm. 13. 6, l. 35 § 4 D. de contr. emt. 18. 1, l. 3 D. de peric. 18. 6.

[11] Doch kann natürlich das Gegentheil ausgemacht werden. Hierher gehört auch der Fall, wo der Verkäufer custodia im technischen Sinn des Wortes (§ 264 Note 9 lit. f) versprochen hat. L. 35 § 4 D. de contr. emt. 18. 1, § 3 I. de emt. 3. 23, l. 31 pr. D. h. t. 19. 1. Baron Arch. f. civ. Pr. LII S. 58 fg. ist der Ansicht, daß der Verkäufer nach Maß, Zahl oder Gewicht für custodia in diesem Sinne hafte, auch ohne daß er sie übernommen habe; seine Gründe sind nicht überzeugend. S. auch Pernice Labeo II S. 356 fg. — Jedenfalls muß der Käufer der Regel gemäß leisten, was er in Folge der eingetretenen Unmöglichkeit statt der Kaufsache in Händen hat. Dahin gehört auch die Versicherungssumme. S. 264 Note 6. Was er in Folge einer Thatsache,

trotzdem daß er selbst Nichts leistet, das Kaufgeld. Man sagt: der Käufer trage die Gefahr der Sache[12]. Auch hiervon muß näher gehandelt werden (§ 390). — Die Sache muß dem Käufer so verschafft werden, wie sie nach der Zusicherung des Verkäufers sein soll[13]. Was aber ist Rechtens, wenn sie die zugesagten Eigenschaften nicht hat, was ferner, wenn sie mangelhaft ist, ohne daß die Abwesenheit von Mängeln ausdrücklich versprochen worden ist? Auch diese Fragen sollen besonders beantwortet werden (§ 393. 394). — Mit der Kaufsache muß der Verkäufer alle Zubehörungen derselben[14], so wie Alles, was dieselbe nach Vollendung des Kaufvertrages an Ertrag oder sonstigem Gewinn gebracht hat[15], herausgeben. — Ueber Ort und Zeit der Uebergabe entscheiden die allgemeinen Grundsätze[16].[16a]

---

die ihn nicht befreit, statt der Kaufsache in Händen hat, behält er auch wenn später eine ihn befreiende Unmöglichkeit eintritt, so das durch abermaligen Verkauf der Sache erzielte Kaufgeld, wenn die Sache später ohne seine Schuld untergeht, l. 21 D. de H. v. A. V. 18. 4. Dieß gemäß der Regel § 327 Note 12.

[12] S. über diesen Ausdruck die § 321 Note 18 z. A. angeführten Schriftsteller.

[13] L. 6 § 4 l. 13 § 3. 4 D. h. t. 19. 1, l. 16 [15] D. de peric. 18. 6. Zusicherung in Betreff des Maßes eines verkauften Grundstücks: l. 2 pr. l. 4 § 1 l. 13 § 14 l. 22 l. 42 D. h. t. 19. 1, l. 69 § 6 D. de evict. 21. 2, l. 45 D. eod., l. 10 C. eod. 8. 44 [45]. Seuff. Arch. XXIX. 15, XXXI. 24, vgl. V. 278, XXIV. 114, XXV. 233, XXXVII. 301. Zusicherung in Betreff von Accessionen: l. 33 pr. D. de aed. ed. 21. 1, l. 5 D. de evict. 21. 2; speciell von Servituten des verkauften Grundstücks: l. 6 § 6 D. h. t. 19. 1, l. 75 D. de evict. 21. 2. Zusicherung der Freiheit von Servituten: l. 75 cit. (l. 90. 169 D. de V. S. 50. 16), l. 59. 66 pr. D. de contr. emt. 18. 1.

[14] S. I § 143. Um so mehr, was Bestandtheil der Kaufsache ist, wie z. B. die noch nicht getrennten Früchte, l. 13 § 10 D. h. t. 19. 1. Bechmann II S. 368 fg.

[15] L. 3 § 1 l. 13 § 13. 18 D. h. t. 19. 1 (zu § 18 cit. vgl. l. 38 § 5 l. 39 D. de her. inst. 28. 5), l. 13. 16 C. h. t. 4. 49, l. 4 § 1 D. de usur. 22. 1, l. 7 pr. D. de peric. 18. 6. Natürlich kann etwas Anderes ausdrücklich oder stillschweigend ausgemacht werden, l. 13 § 18 D. h. t. Ueber l. 13 § 11 D. h. t. s. Jhering Abhandlungen S. 64 fg., Mommsen Erörterungen I S. 61. 124 fg., [Dernburg II § 98 Note 5]. Der Verkäufer haftet auch wegen des durch seine Schuld versäumten Gewinnes, l. 21 D. de H. v. A. V. 18. 4 (*vv.* quemadmodum fundi venditor). Das Gesagte bezieht sich gemäß der Regel (§ 327 Note 7) nur auf den Gewinn, welchen die Sache selbst gebracht, nicht auf denjenigen, zu welchem sie nur Veranlassung gegeben hat.

[16] Demnach kommt es, was den Ort der Leistung angeht (§ 282): a) in erster Linie auf die Natur der Sache (bei unbeweglichen Sachen) und die ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien an. b) Individuell bestimmte Sachen sind da zu übergeben, wo sie sich ohne Unredlichkeit des Verkäufers befinden, jedoch auf Verlangen des Käufers auf seine Gefahr und Kosten an den bei c genannten Ort zu schaffen. c) Generisch bestimmte Sachen können an jedem Orte verlangt werden, wo ein Gerichtsstand des Verkäufers begründet

2. Der Käufer ist verpflichtet, das Kaufgeld zu zahlen, und zwar näher: an demselben dem Verkäufer Eigenthum zu verschaffen[17]. Von der Zeit der Uebergabe der Kaufsache an muß er, wenn nichts Anderes ausgemacht ist, das Kaufgeld verzinsen[18]. Verwendungen, welche der Verkäufer nach Abschluß des Kaufvertrages gemacht hat, muß der Käufer ersetzen, wenn sie nothwendig oder in seinem Interesse waren[19].

β. Insbesondere.

aa. Der Käufer trägt die Gefahr*.

§ 390.

Der Käufer trägt die Gefahr; das will sagen: wenn die verkaufte Sache ohne Schuld des Verkäufers untergegangen oder ihm

---

ist. Jedenfalls aber sind sie beim Verkäufer abzunehmen; der Käufer hat sie zu holen, nicht der Verkäufer sie zu bringen. Beauftragt der Käufer den Verkäufer, ihm das Gekaufte zu schicken, d. h. dasselbe, statt ihm selbst, einer vom Käufer bezeichneten oder vom Verkäufer auszuwählenden Mittelsperson zu übergeben, so ist mit der Uebergabe an diese Mittelsperson die Leistung des Verkäufers vollständig beschafft. Verpflichtet zum Schicken ist der Verkäufer ohne besonderen ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrag nicht. Vgl. über das Gesagte Ihering Jahrb. für Dogm. IV S. 421 fg., Reatz Erfüllungsort S. 94 fg. (dieser a. M. in Betreff der Verpflichtung zum Schicken, vgl. § 282 Note 5). Seuff. Arch. II 168. — HGB. Art. 342 (§ 282 Note 4 a. E.). Art. 344. „Soll die Waare dem Käufer von einem andern Ort übersendet werden, und hat der Käufer über die Art der Uebersendung nichts bestimmt, so gilt der Verkäufer für beauftragt, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes die Bestimmung statt des Käufers zu treffen, insbesondere auch die Person zu bestimmen, durch welche der Transport der Waare ausgeführt oder besorgt werden soll". Seuff. Arch. XXXII. 317.

[16a] Ueber Vereinbarung von Nebenleistungen vgl. Bechmann II S. 375 fg.

[17] L. 13 § 20 l. 11 § 2 D. h. t. 19. 1, l. 1 pr. D. de rer. perm. 19. 4. Jedoch gilt auch hier die Regel des § 342 Note 7 und 8. Vgl. Unterholzner S. 294.

[18] L. 13 § 20. 21 D. h. t. 19. 1, l. 5 C. h. t. 4. 49, l. 18 § 1 D. de usur. 22. 1, l. 2 C. eod. 4. 32. Seuff. Arch. II. 283, IV. 117, VI. 182, VII. 305, XII. 21. 118. 263 (148), XIII. 10. 213, XXXIII. 122, XXXIV. 32. 296, XXXVII. 21. Vgl. auch Seuffert § 323 Note 5, Holzschuher III S. 59—61, Stobbe III S. 240 fg.

[19] L. 13 § 22 l. 38 § 1 D. h. t. 19. 1, l. 13. 16 C. h. t. 4. 49. Verwendungen durch Dritte? Seuff. Arch. XVIII. 133.

* Dig. 18. 6 Cod. 4. 48 de periculo et commodo rei venditae. — Hofmann über das Periculum beim Kaufe. Wien 1870. Regelsberger über die Tragung der Gefahr beim Kaufvertrag, krit. VJSchr. XIII S. 90—118 (1871). Puntschart die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Privatr. Inductive Grundlegungen mit besonderer Beziehung auf die Fragen der Gefahrnormirung bei den Austauschobligationen (1885). Thöl Handelsr. I § 72a—76 (6. Aufl. § 262—266), Unterholzner II S. 250—256, Vangerow III § 635. S. ferner die übrige bei § 321 Note 13 citirte Literatur.

abhanden gekommen ist, so muß der Käufer dennoch das Kaufgeld zahlen[1]; wenn die Kaufsache ohne Schuld des Verkäufers schlechter geworden ist, so muß der Käufer dennoch das volle Kaufgeld zahlen[2]. Der Grund dieses Satzes[2a] ist die Entäußerungsnatur des Kaufs, welche zu der Auffassung geführt hat, daß die Kaufsache, was das Verhältniß zwischen den Parteien angeht, auch ohne Tradition als aus dem Vermögen des Verkäufers ausgeschieden und in das Vermögen des Käufers übergegangen angesehen wird[3]. Die Verallgemeinerung des Satzes dahin, daß er für jeden andern Fall unverschuldeter Unmöglichkeit der Leistung des Verkäufers wahr sei, ist abzulehnen[3a].

---

[1] S. die Citatate in § 321 Note 18. — Deutsches Recht: vgl. Stobbe III § 184 Ziff. 5 und Citate das. § 390.

[2] § 3 I. de emt. 3. 23, l. 1 pr. init. l. 4 § 1 l. 7 pr. D. h. t., l. 2 C. h. t. S. g. periculum deteriorationis.

[2a] Ueber die Bestreitung desselben durch Puntschart a. a. O. s. § 321 Note 18.

[3] S. darüber und über die verschiedenen, sehr auseinandergehenden Meinungen § 321 Note 19a und Text zu derselben. Vgl. noch l. 13 § 17 D. de A. E. V. 19. 1: — „aequum est enim, eandem esse condicionem emtoris, quae futura esset, si cum ipso actum esset communi dividundo“. Goose in dem a. a. O. citirten Aufsatz (Jahrb. f. Dogm. IX S. 197 fg.) ist zu derjenigen Fassung des im Text bezeichneten Gedankens zurückgekehrt, welche auch ich früher in den Heid. krit. Jahrb. II S. 136—137 aufgestellt, aber dann als ungenau verworfen habe. Er sagt: nach dem Abschluß des Kaufvertrages ist die Kaufsache in das Vermögen des Käufers übergegangen; sie wird nicht bloß so angesehen. Dieß ist aber nur insofern richtig, als man zum Vermögen eines Menschen auch dasjenige rechnet, was er zu fordern hat, und den Begriff des Vermögens so aufgefaßt, gelangt Goose zu dem gewiß unrichtigen Satze, daß der Gläubiger im zweiseitigen Vertrage auch dann die Gefahr trage, wenn er nicht aus einer Entäußerungserklärung Gläubiger geworden ist. Uebrigens nimmt Goose seinen Satz selbst wieder zurück, indem er hinzufügt: was das Verhältniß zwischen den Parteien angeht.

[3a] Ein Quellenbeweis für diese Verallgemeinerung ist nicht zu erbringen, und für eine analogische Ausdehnung liegen keine zwingenden Gründe vor. Umgekehrt spricht gegen dieselbe l. 33 loc. 19. 2, welche vielumstrittene Stelle nur in dieser Weise Frieden findet. Es ist das Verdienst Hartmann's, Jahrb. f. Dogm. XIX. S. 417 fg., diesen Punkt mit Energie hervorgehoben zu haben. Hartmann stellt die Formel auf, daß der Verkäufer die Gefahr, nur bei „thatsächlichem Casus“, nicht bei „juristischem Casus“ (Verlust des Rechtes) trage. Im Besonderen von dem Fall der Expropriation S. 469 fg. (Hindernisse in der Person des Verkäufers zählt H. gar nicht zur Unmöglichkeit, s. § 264 Note 1). Noch weiter geht Merkel krit. VJSchr. XXVII S. 200 fg., der den Käufer nur im Fall „außergewöhnlichen Casus“ (vis maior) will haften lassen. Vgl. auch Oesterlen der mehrfache Verkauf derselben Sache, Tübinger Inaug.-Diss. 1883, S. 19 fg. [Gegen Hartmann C. Manenti Studi Senesi IV p. 225 sg. V p. 30 sg. Resultat V p. 44. Eine Annäherung an Hartmann bei Dernburg II § 96 Note 2 a. E.]

Damit die Gefahr den Käufer wirklich treffe, ist nothwendig:

1) Vollendung des Kaufvertrages[4]. Zur Vollendung des Kaufvertrages in dem hierher gehörigen Sinn ist erforderlich[5] außer dem Consense der Parteien über die wesentlichen Punkte des Kaufes:

a) daß die Kaufsache entweder individuell bestimmt sei[6], oder, wenn eine generisch bestimmte Sache oder eine Quantität solcher Sachen verkauft worden ist[7], daß der Kauf sich auf ein bestimmtes Sachindividuum oder bestimmte Sachindividuen durch wirkliche Leistung oder Uebereinkunft der Parteien concentrirt habe[8]. Bis diese Con=

[4] L. 8 pr. D. h. t. „Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio; tunc enim sciemus, cuius periculum sit. Nam perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet . .“.

[5] § 3 I. de emt. 3. 23, l. 8 pr. D. h. t. L. 8 pr. cit. (Note 4). „Et si id quod venierit appareat *quid quale quantum* sit, sit et *pretium*, et *pure* venit, perfecta est emtio“. Stintzing Jahrb. f. Dogm. X S. 177 fg. (1869). Seuff. Arch. XXII. 131.

[6] Dieß ist auch möglich bei ihrer Natur nach vertretbaren Sachen; es wird z. B. dieses Faß Wein, diese Schiffsladung Weizen gekauft. L. 35 § 5 D. de contr. emt. 18. 1, l. 2 C. h. t., l. 1 § 1 D. h. t.

[7] Man denke nicht bloß an vertretbare Sachen, s. § 255 Note 17.

[8] Vgl. § 255 Ziff. 2, und eine Uebersicht der Literatur bei Hofmann a. a. O. S. 118 fg., Regelsberger a. a. O. S. 109 fg., Puntschart a. a. O. S. 264 fg. Die Quellen sprechen nur von dem Fall der wirklichen Leistung; der Fall des Vertrages versteht sich von selbst. L. 35 § 7 D. de contr. emt. 18. 1, l. 1 § 1 l. 5 D. l. 2 C. h. t. (in den drei ersten Stellen ist von admetiri, in der letzten von tradere die Rede). [Einen Unterschied zwischen admetiri und tradere macht Karlowa Grünhut's Zeitschr. XVI S. 437 fg.] — Daß auch einseitige Ausscheidung durch den Verkäufer die Gefahr auf den Käufer übergehen mache, hat Heyer (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XV S. 23 fg.) auszuführen gesucht. Thöl (Handelsr. I § 74 [264]), dessen Meinung früher die herrschende war (vgl. Vangerow III § 634 S. 433 der 7. Aufl.), erklärt zwar einseitige Ausscheidung an sich für ungenügend, hält aber für genügend eine Anzeige des Verkäufers an den Käufer, durch welche der Käufer in den Stand gesetzt werde, seine Gedanken auf die ausgeschiedene species zu richten; denn der Käufer dürfe auch die einseitig ausgeschiedene species, wenn sie nur contractmäßig und ohne Fehler sei, nicht zurückweisen. Gegen Thöl haben sich erklärt Ihering und Bekker, jener Jahrb. f. Dogm. IV S. 366 fg. (1861), dieser Jahrb. d. gem. R. V S. 374 fg. (1862). Ihering verlangt für den Uebergang der Gefahr auf den Käufer, daß demselben wirklich geliefert worden sei, und nennt demnach seine Theorie der „Ausscheidungstheorie“ gegenüber „Lieferungstheorie“. Im Gegensatz zu dieser „Lieferungstheorie“ bezeichnet Bekker die seinige als „Individualisirungstheorie“. Die Punkte, welche er im Einzelnen gegen Ihering geltend macht, sind folgende. a) Es könne die „Specialisirung“ des Kaufgegenstandes auch durch Vertrag der Parteien erfolgen, vorhergehenden (z. B. ein Dritter soll aussuchen), oder nachfolgenden. Ihering wird nicht gemeint sein, dieß zu bestreiten. b) Ihering hält die Lieferung in dem Fall, wo der Kauf auf Schicken gestellt sei, wie ich, für vollendet mit dem Abschicken (§ 389 Note 16); Bekker (vgl. Goldschmidt Handelsr. § 66 Anm. 43, Regelsberger a. a. O. S. 118) hält sie für vollendet erst mit der Annahme, ist aber

centration eingetreten ist, trägt der Käufer nicht nur nicht die Gefahr des Unterganges, sondern auch nicht die Gefahr der Verschlechterung[9].

b) Unvollendet ist ferner der unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossene Kaufvertrag bis zum Eintritt der Bedingung. Ist jedoch zur Zeit des Eintrittes der Bedingung die Kaufsache noch vorhanden und nur verschlechtert, so muß der Käufer sie nehmen, wie

---

geneigt, dennoch den Moment des Abschickens für entscheidend zu halten, auf Grund eines anzunehmenden stillschweigenden Vertrags der Parteien. An die Stelle des stillschweigenden Vertrags setzt ein gemeines Gewohnheitsrecht Dernburg Preuß. Privatr. II § 138 Note 3. [Pand. II § 96 Note 9 nennt D. das Gewohnheitsrecht nicht mehr. Dagegen ist Karlowa Grünhut's Zeitschr. XVI S. 442 geneigt, ein solches anzunehmen.] Wie Ihering Goose (Note 3) S. 211 fg., Stintzing a. a. O., Kohler Jahrb. f. Dogm. XVII S. 264. 265. 333. 395. Dagegen ist Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 183 fg. (1866) wieder zur Ausscheidungstheorie zurückgekehrt; nur verlangt er außer der Ausscheidung Absendung der Anzeige an den Käufer (nicht, wie Thöl, Wissenschaft des Käufers von der Ausscheidung). Für den Fall des Kaufvertrages über einen aus einem concreten Vorrath auszuscheidenden Theil vertheidigt auch Brinz 2. Aufl. II S. 107. 110 die Ausscheidungstheorie, der im Uebrigen für die Lieferungstheorie ist. Für den Uebergang der Gefahr mit dem Abschicken auch Puntschart a. a. O. S. 286 fg. auf Grund der § 321 Note 18 bezeichneten Auffassung. Nach Hanausek Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare S. 101 fg. soll die Gefahr auf den Käufer erst mit der Uebergabe der Sache (bez. des Frachtbriefes) übergehen. (Dagegen Regelsberger Grünhut's Zeitschr. XI S. 435.) Gar keine Entscheidung gibt Hofmann a. a. O.; er verweist einfach auf die Grundsätze über Ausübung und Consumtion des Wahlrechts. — Mit dem Abschicken läßt auch das HGB. Art. 345 die Gefahr übergehen. Ebenso Seuff. Arch. II. 168. Andere Ansichten das. XI. 143, XXII. 202. — Dadurch, daß aus dem Genus, aus welchem die Kaufsache zu entnehmen ist, so viel untergeht, daß nur noch das zu Leistende vorhanden ist, geht die Gefahr auf den Käufer nicht über (§ 255 Note 21). A. M. Bechmann II S. 330 für den Fall des Kaufvertrages über einen aus einem concreten Vorrath auszuscheidenden Theil, wenn dieser Vorrath kein körperliches Ganze bildet. Vgl. § 255 Note 21.

[9] Untergang und Verschlechterung sind vor der Concentration nur dann möglich, wenn wenigstens der Kreis der Sachen, aus welchem das zu Leistende zu entnehmen ist, individuell, nicht aber, wenn auch er nur generisch bestimmt ist, also wohl, wenn z. B. ein Ohm Wein aus diesem Stückfaß, nicht aber, wenn ein Ohm Wein von dieser Qualität verkauft worden ist. Daß nun der Verkäufer vor der Concentration auch die Gefahr der Verschlechterung trage, sagt ausdrücklich l. 2 C. h. t. Nichtsdestoweniger hat man es bestritten (so z. B. Mommsen Beiträge I S. 342), auf Grund des für den bedingten Kauf Geltenden (Note 10). Aber der Kauf, von welchem hier die Rede ist, unterscheidet sich wesentlich von dem bedingten Kauf; der bedingte Kauf hat deßwegen, weil er bedingt ist, nicht weniger einen individuell bestimmten Gegenstand, und dieser Gegenstand ist es eben, welcher hier fehlt. S. Vangerow III S. 451 (7. Aufl. S. 432), Arndts § 302 Anm. 3, Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. I S. 80. III S. 303, Bekker Jahrb. des gem. R. V S. 369. 398; vgl. auch Thöl § 73 (263) Note 7.

sie ist, so daß er also auch vor Eintritt der Bedingung die Gefahr der Verschlechterung allerdings trägt[10].

c) Als bedingter Kauf ist auch der Kauf einer individuell bestimmten Quantität von Sachen anzusehen, wenn der Kaufpreis nicht in Bausch und Bogen[11], sondern auf So und So viel für eine bezeichnete Einheit bestimmt ist; die Bedingung des Kaufes ist hier die Feststellung des Kaufpreises durch Messen, Zählen, Wägen[12]. Auch

[10] L. 8 pr. l. 10 pr. D. h. t., l. 10 § 5 D. de I. D. 23. 3. — Wie ist es bei der auflösenden Bedingung? Dieselbe hemmt die Vollendung des Kaufvertrages nicht, und daher trägt der Käufer die Gefahr sofort. Wie aber, wenn die Bedingung eintritt, muß dann nicht auch in dieser Beziehung derjenige Zustand wieder hergestellt werden, welcher vorhanden gewesen sein würde, wenn der Kauf nie abgeschlossen worden wäre (I § 91), so daß also der Käufer sein Kaufgeld jetzt zurückerhält bez. nicht zu leisten braucht? Die Meinungen gehen auseinander, vgl. § 387 Note 10 (was die das. citirte Schrift von Czyhlarz angeht s. auch S. 42, und füge hinzu Wendt Reurecht und Gebundenheit Heft 2 S. 103). Ich glaube nicht, daß man nach l. 2 D. de lege comm. 18. 3 (vgl. auch l. 2 § 1 l. 3 D. de in diem add. 18. 2) die bejahende Antwort wird ablehnen können. Die l. 2 cit. sagt: es ist als Sinn der lex commissoria nicht anzunehmen, daß auch der Käufer sich auf dieselbe solle berufen dürfen; denn dürfte er es, so stünde es in seiner Gewalt, nach Untergang der Kaufsache sich durch Auflösung des Vertrages das Kaufgeld zu retten. S. auch Puntschart S. 340 fg. Wendt a. a. O. S. 103 fg. [vgl. Pand. S. 612] ist der Ansicht, daß in den citirten Stellen nicht von einer auflösenden Bedingung die Rede sei, sondern von einem „Reuvertrage" (vgl. § 323 Note 5), will aber bei diesem, wenn er zu Gunsten des Verkäufers abgeschlossen sei (über den entgegengesetzten Fall vgl. § 387 Note 10), unterscheiden, ob der Kaufvertrag sofort vollzogen bez. sein sofortiger Vollzug von den Parteien gewollt sei oder nicht; in jenem Fall soll der Käufer die Gefahr tragen, in diesem nicht. — Die aufschiebende Befristung hindert im Zweifel den Uebergang der Gefahr auf den Käufer nicht, weil sie im Zweifel im Sinne der Parteien gedacht werden muß als hinausschiebend nicht die Verkaufswirkung, sondern die Pflicht zur Ueberlieferung. (Nicht: ich verkaufe von dem und dem Tage an; sondern: ich verkaufe, will aber erst an dem und dem Tage überliefern.)

[11] Die Quellen sprechen in diesem Fall von einem Kaufe aversione, in aversione, per aversionem, universaliter uno pretio. L. 4 § 1. 2 D. h. t., l. 62 § 2 D. de contr. emt. 18. 1, l. 35 § 5. 6 eod. Vgl. Gruchot vom Kauf in Bausch und Bogen, Zeitschr. für Handelsr. III S. 479 fg.

[12] In diesem Falle ist der Kaufpreis nicht bloß ein nicht gewußter, wie in den Fällen der l. 7 § 1 D. de contr. emt. 18. 1 („quanti tu emisti", „quantum pretium in arca habeo"), sondern es ist auch noch durchaus ungewiß, ob er ein wißbarer sein wird; er wird es eben dann nicht sein, wenn der Untergang der betreffenden Quantität die Bestimmung ihrer Maßeinheiten unmöglich macht. Dieser Kauf steht daher ganz gleich dem Kauf, bei welchem der Kaufpreis durch einen Dritten bestimmt werden soll (§ 386 Note 5), und ist also in der That ein bedingter, wie dieß auch l. 35 § 5 D. de contr. emt. 18. 1 ausdrücklich anerkennt. Doch wird diese Auffassung des Vertrages von Andern bestritten. Für dieselbe sind die in Note 14 im ersten Satz genannten Schriftsteller mit Ausnahme von Hofmann, gegen dieselbe Hofmann und die daselbst im zweiten Satz Genannten (Regelsberger S. 105 fg.), ferner Jhering

hier also trägt der Käufer bis zur Feststellung des Kaufpreises zwar nicht die Gefahr des Unterganges[13], wohl aber die der Verschlechterung[14].

d) Ueber den Fall, wo mehrere Gegenstände alternativ verkauft worden sind, s. § 255 von Note 6 an[14a].

2) Daß die verkaufte Sache nicht im Eigenthum des Verkäufers steht, macht keinen Unterschied[15]; nur dann trägt der Käufer die Gefahr nicht, wenn dem Verkäufer Arglist zur Last fällt[16].

Jahrb. f. Dogm. IV S. 396 fg., Stintzing a. a. O. S. 189 fg., Goldschmidt Handelsr. 2. Aufl. II S. 122 Note 21, Puntschart S. 289 fg., Bechmann II S. 341.

[13] L. 35 § 5. 6 D. de contr. emt. 18. 1.

[14] Uebereinstimmend Mommsen Beiträge I S. 339, Thöl § 75 (265), Hofmann S. 135. A. M. Vangerow III S. 451 (7. Aufl. S. 432. 433), Arndts § 302 Anm. 3, Goldschmidt Zeitschr. für Handelsr. I S. 80, Bekker Jahrb. des gem. R. V S. 368. 391 fg. 398, Regelsberger S. 108 fg.

[14a] Im Besonderen Puntschart S. 299 fg.

[15] Die Verkaufserklärung lautet deßwegen, weil sie auf eine fremde Sache gerichtet ist, nicht weniger: du sollst haben; sie lautet nicht: ich verpflichte mich, dir durch eine künftige Willenserklärung zu verschaffen. Zu unterscheiden daher die Fälle: a) es wird verkauft unter der Bedingung des künftigen Erwerbes; b) der Sinn des Geschäfts ist: ich verpflichte mich, zu erwerben und dir dann zu geben; das ist nicht Kauf, sondern pactum de vendendo. — A. M. Ihering Jahrb. f. Dogm. III S. 449 fg. und Goose das. IX S. 208, bestimmt durch ihre Ansichten über den Grund der von dem Käufer getragenen Gefahr. Ihering sieht diesen Grund (vgl. § 321 Note 19) in der den Käufer treffenden oder ihm zugeschriebenen Schuld an dem Aufschub der Erfüllung des Kaufvertrages; der Käufer zahle also nach Untergang der Sache dem Verkäufer das Kaufgeld als Schadensersatz, und brauche daher nichts zu zahlen, wenn denselben kein Schaden getroffen habe; dieß sei aber namentlich dann der Fall, wenn die verkaufte Sache eine dem Verkäufer fremde gewesen sei. Ich kann weder die bezeichnete Grundauffassung Ihering's als richtig anerkennen, noch die daraus für die vorliegende Frage gezogene Consequenz. Ueber das Erste s. § 321 Note 18 a. E.; was das Zweite angeht: die Schuld des Käufers an der Nichtabnahme der Kaufsache kann doch nur zur Folge haben, daß Alles so gehalten werden müsse, als hätte er abgenommen; hätte er aber abgenommen, so hätte der Verkäufer das Kaufgeld nicht minder bekommen (§ 391 Note 4). Goose läßt den Käufer die Gefahr tragen, weil die Sache sofort mit dem Abschluß des Kaufvertrages in sein Vermögen übergegangen sei; also trage er die Gefahr nicht, wo diesem Uebergange ein Hinderniß entgegenstehe. Aber es ist eben nicht richtig, daß die Sache in das Vermögen des Käufers übergegangen sei, sie wird nur im Verhältniß der Parteien zu einer als übergegangen angesehen, d. h. die Parteien werden gegen einander rechtlich so behandelt, als wenn sie übergegangen wäre — und es leuchtet nicht ein, weßwegen, wenn das Recht einmal als wirklich annimmt, was nicht wirklich ist, es sich nicht auch über das im Mangel des Eigenthumsrechts des Verkäufers liegende Hinderniß sollte hinwegsetzen können. Ich halte jedoch die hier verhandelte Frage nicht für unzweifelhaft. — Uebrigens beschränkt Ihering den von ihm aufgestellten Satz in einer Weise, daß die praktische Differenz zwischen seiner Ansicht und der hier vertretenen sich verringert.

3) Verkauft der Verkäufer die verkaufte Sache abermals einem Andern, so trägt die Gefahr der zweite Käufer, nicht der erste; es müßte denn dem ersten tradirt worden sein[17]. Ist der Verkäufer

---

Ihering nimmt nämlich die Fälle aus, wo der Verkäufer an der verkauften fremden Sache bonae fidei possessio oder auf dieselbe ein Forderungsrecht habe; in diesen Fällen trage der Käufer die Gefahr allerdings. Da nun andererseits auch nach der hier vertretenen Ansicht der Käufer die Gefahr nicht trägt bei dolus des Verkäufers (Note 16), so bleiben als wirkliche Differenzfälle nur solche Fälle übrig, in welchen der Verkäufer einerseits weiß, daß er eine fremde Sache verkauft, andererseits aber so guten Grund hat, auf die Lieferbarkeit der Sache zu rechnen, daß Nichtanzeige der Fremdheit der Sache keine Unredlichkeit ist, oder in denen er die Sache geradezu als fremde verkauft, ohne daß das Geschäft deßwegen unter eine der oben bei a und b bezeichneten Kategorien fällt. Vgl. Ihering a. a. O. S. 466. 467. Wenn sich nun Ihering in Betreff derartiger Fälle auf das Verletzende beruft, welches darin liege, daß der Verkäufer aus fremdem Vermögen einen Gewinn machen solle: so theile ich vollkommen seine Ansicht über das Verletzende eines solchen Resultates, glaube aber, daß der richtige Weg, um demselben zu entgehen, nicht der ist, dem Verkäufer den Anspruch auf das Kaufgeld zu versagen, sondern der, ihm die Verpflichtung aufzuerlegen, das erlangte Kaufgeld dem Eigenthümer herauszugeben. Und diese Verpflichtung ergibt sich zwar nicht, wie Ihering S. 467 mit Recht bemerkt, aus den Grundsätzen über das Commodum, wohl aber aus den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung, s. § 422 Note 4. Uebereinstimmend mit dem hier Gesagten Vangerow III § 635 Anm. Nr. III in der 7. Aufl. A. M. Puntschart S. 355 fg.: weil der Verkäufer keinen Nachtheil erlitten habe. [Vgl. noch Loewy die Unmöglichkeit der Leistung bei zweiseitigen Schuldverhältnissen (1888) S. 38 fg.]

[16] L. 21 pr. D. de evict. 21. 2, l. 30 § 1 D. de A. E. V. 19. 1. Nach diesen Stellen wird durch den dolus des wissentlich eine fremde Sache verkaufenden Verkäufers ein Anspruch gegen ihn begründet, welcher nach l. 21 pr. cit. auch durch späteren Untergang der Sache nicht ausgeschlossen werden soll. Zwar nimmt die bezeichnete Stelle Untergang der Sache nach erfolgter Tradition an; aber der Sinn des Satzes, daß der Käufer die Gefahr trägt, ist ja eben der, daß die bloße Verkaufserklärung zwischen den Parteien dieselbe Wirkung hervorbringen solle, welche an und für sich nur der Tradition zugeschrieben werden dürfte (l. 5 § 2 D. de resc. vend. 18. 5: — „perinde habenda est venditio ac si traditus fuisset", l. 15 D. de I. D. 23. 3: — „perinde pretium aufert, ac si tradidisset").

[17] Mit dem Fall des mehrmaligen Verkaufs beschäftigt sich vorzugsweise der in der Note 15 genannte Aufsatz von Ihering. Vor allen Dingen ist nun Ihering darin beizustimmen, daß der Verkäufer nicht von beiden Käufern das Kaufgeld fordern dürfe. Daß er es dürfe, sagt nicht l. 21 D. de H. v. A. V. 18. 4 (Ihering S. 453 fg.), und dawider spricht die den Kaufvertrag beherrschende bona fides, welche es verbietet, daß Jemand für dieselbe Sache zweimal ein Aequivalent erhalte, wie das auch ausdrücklich anerkannt ist in l. 19 § 9 D. loc. 19. 2. (Ihering's Grund ist, gemäß seiner allgemeinen Auffassung: daß der Verkäufer, nachdem er einmal das Kaufgeld erhalten, keinen Schaden mehr habe.) [Dernburg II § 96 Note 4 findet den doppelten Anspruch des Verkäufers (bona fides vorausgesetzt) „unbedenklich".] Eine fernere Frage ist aber, welcher der mehreren Käufer das Kaufgeld zahlen müsse. Ihering gibt dem Verkäufer die Wahl, obgleich er zugesteht, daß dieses Wahlrecht „etwas Mißliches" habe. Die im Text gegebene Entscheidung rechtfertigt sich so. Der Verkäufer kann sich nach

dem zweiten Käufer gegenüber in Arglist, so trägt auch dieser die Gefahr nicht[18].

bb. Haftung des Verkäufers wegen Entwehrung*.

§ 391.

Der Verkäufer haftet wegen Entwehrung[1]; das will sagen: er haftet, wenn die rechtliche Mangelhaftigkeit der Lage, in welche er

---

dem zweiten Verkauf dem ersten Käufer gegenüber auf den mit ihm abgeschlossenen Kaufvertrag gewiß dann nicht berufen, wenn in dem zweiten Verkauf eine Arglist gegen den ersten Käufer lag. Er kann es aber auch dann nicht, wenn er ohne Arglist zum zweiten Mal verkauft hat, etwa in der berechtigten Erwartung, der erste Käufer werde ihn loslassen, oder in der irrigen Annahme, der erste Kaufvertrag sei nichtig, oder in Vergessenheit des ersten Kaufes; es wäre gegen die bona fides, wenn er sich auf den Abschluß eines Kaufvertrages berufen wollte, den er selbst als nicht abgeschlossen behandelt hat. Nach dem gleichen Argument kann er sich aber auch dem zweiten Käufer gegenüber auf den mit ihm abgeschlossenen Kaufvertrag nicht mehr berufen, wenn er dem ersten Käufer tradirt hat. — In der ersten Auflage hatte ich umgekehrt dem ersten Käufer die Gefahr auferlegt, nicht gehörig würdigend, daß die Annahme des Uebergangs der Kaufsache in das Vermögen des Käufers nur relative Bedeutung, für das Verhältniß der Parteien unter sich, hat. — Auch Goose Jahrb. f. Dogm. IX S. 208 (vgl. Note 3) entscheidet im Principe zu Lasten des ersten Käufers, während er im Resultate, mit sehr schwachen Gründen, im Wesentlichen die Ansicht Ihering's vertritt. Im Resultate stimmt mit Ihering überein auch Vangerow III § 365 Nr. IV in der 7. Auflage. Dagegen legt wieder dem ersten Käufer die Gefahr auf Hofmann a. a. O. S. 137 fg. Eine ganz neue Meinung hat Martinius, in einer gut geschriebenen Inauguraldissertation: der mehrfache Verkauf derselben Sache, Halle 1873, S. 26 fg. aufgestellt: vor der Tradition soll keiner der mehreren Käufer haften. Der Verf. stützt seine Behauptung auf die gleiche Auffassung von dem Grunde der Tragung der Gefahr durch den Käufer, welche auch hier vertreten ist. Puntschart S. 360 fg. läßt keinen der Käufer haften, bis der Verkäufer Einem gegenüber seine „effective Traditionsbereitschaft" an den Tag gelegt habe (vgl. § 321 Note 18); daß der Haftende durch die Tradition an den Andern frei werde, erkennt auch er an. Umgekehrt soll nach R. Oesterlen in der § 321 Note 19 a. E. bezeichneten Dissertation sofort jeder Käufer haften; das sei zwar legislatorisch nicht zu billigen, aber sei die nothwendige Folge der Irrationalität des ganzen Grundsatzes. [Vgl. noch Loewy (Note 15 a. E.) S. 44 fg.]

[18] S. Note 16.

* Dig. 21. 2 de evictionibus et duplae stipulatione. Cod. 8. 44 [45] de evictionibus. — K. O. Müller die Lehre des römischen Rechtes von der Eviction, 1. Th. (1851, unvollendet). Fuchs die Lehre von der Litisdenunciation S. 12—52 (1855. Diese Schrift ist auch abgedruckt im Arch. für prakt. RW. II S. 337 fg. und III S. 1 fg.). Bekker zur Lehre von der Evictionsleistung, Jahrb. d. gem. R. VI S. 229—336 (1863). Glück XX S. 169—433; Unterholzner I S. 288—302, Sintenis II S. 622—634, Vangerow § 610 Anm. 1—5, Brinz 2. Aufl. II § 280. 328. [Rechtshistorisch: P. F. Girard Etudes historiques sur la formation du système d'éviction en droit romain. 1884. Darüber Baron krit. VJSchr. XXIX S. 174 fg.]

[1] Der lateinische Ausdruck ist evictio. Derselbe ist bezeichnender, als der § 391.

den Käufer versetzt hat, dahin führt, daß diesem der Besitz der Sache entzogen wird[2].[3]

1. Dem Käufer muß der Besitz der Sache entzogen worden sein wegen Rechtsmangels. Hat er den Besitz der Sache verloren aus einem andern Grund, so haftet der Verkäufer nicht, wenn auch der Rechtsmangel bestand; so z. B. wenn die Sache untergegangen[4], oder dem Käufer durch eine Verfügung der Staatsgewalt[4a] oder von einem Andern mit Gewalt genommen[5], oder von dem Käufer aufge-

deutsche; der deutsche Ausdruck drückt nur aus, daß dem Käufer der Besitz entzogen worden sei, der lateinische auch, daß ihm der Besitz entzogen worden sei durch das (processualisch festgestellte) bessere Recht eines Andern. Den deutschen Ausdruck schreiben die Meisten „Entwährung". Sehr mit Unrecht; s. das Grimm'sche Wörterbuch u. d. WW. Entwehrung und Entwährung. Das Wort „entwehren" kommt von demselben Stamm, von welchem „Gewere" kommt (ahd. werian, mhd. wern, in den Besitz setzen); „entwähren" erklärt das genannte Wörterbuch = „irritum facere, nicht leisten, Gegensatz von wären, ratum habere, praestare". „Genug schon ist gesagt, daß man wërn und wern, folglich auch entwërn und entwern von einander halten müsse". „Der juristische Sprachgebrauch verwechselt entwehren (aus dem Besitz setzen) und entwähren (nicht leisten) allenthalben". — Wenn man sagt, wie Viele thun, der Verkäufer sei verpflichtet zur Gewährleistung, so ist damit nicht ausgedrückt, wofür er Gewähr leisten muß.

[2] Der Verkäufer muß dem Käufer nicht bloß das augenblickliche Haben der Sache verschaffen, sondern er muß auch „praestare emtori rem habere licere", vgl. z. B. l. 8 D. h. t., l. 30 § 1 D. de A. E. V. 19. 1. Es heißt aber auch evictionem praestare, einstehen dafür, daß Eviction nicht eintrete (z. B. l. 10 D. de A. E. V. 19. 1, l. 1 C. h. t.), so wie es heißt diligentiam praestare und culpam praestare (§ 265 Note 2).

[3] Bei den Römern war es gebräuchlich, daß bei werthvolleren Gegenständen der Verkäufer dem Käufer für den Fall der Entwehrung das Doppelte [des zu Ersetzenden (vgl. Lenel Ed. perpetuum S. 424. 446)] durch eine besondere Stipulation versprach; ja dieses Versprechen war so gewöhnlich, daß man es ohne Weiteres als in der Intention des Kaufvertrages liegend ansah, und daher dem Käufer das Recht zuerkannte, es noch nachträglich zu fordern, wenn es bei dem Kaufvertrage selbst nicht geleistet worden war, l. 37 pr. § 1 l. 2 D. h. t., l. 11 § 8. 9 D. de A. E. V. 19. 1, vgl. l. 31 § 20 D. de aed. ed. 21. 1. Die Lehre von der Entwehrung wird in unseren Quellen mit vorzugsweiser Beziehung auf diese duplae stipulatio vorgetragen. Vgl. über diese letztere Müller § 8—13; auch v. Salpius Novation und Delegation S. 225—231. Neuestens Eck in der § 389 Note 8a citirten Schrift S. 13 fg., Bechmann I S. 367 fg. 374 fg. 674 fg., Lenel Ed. perpetuum S. 423 fg.

[4] L. 21 pr. § 1 l. 64 § 2 D. l. 26 C. h. t.; vgl. l. 21 § 3 D. h. t.

[4a] L. 11 pr. D. h. t. Anders wenn die Verfügung der Staatsgewalt erfolgt eben auf Grund der Mangelhaftigkeit des dem Käufer verschafften Rechts. Bekker S. 279 fg. (zu Seuff. Arch. X. 244). Zu l. 11 pr. cit. vgl. noch Meyer Expropriation S. 61.

[5] L. 17 C. de A. E. V. 4. 49. — Wie, wenn der Verkäufer selbst dem Käufer die Sache eigenmächtig wieder wegnimmt? Daß auch in diesem Falle die actio emti nicht begründet sei, erkannte das OAG. zu Rostock bei Seuff. Arch. XI. 27.

geben worden ist[6]. Daß Rechtsmangel der Grund des Besitzverlustes ist, steht bis auf Weiteres fest, wenn ein richterliches Urtheil den Rechtsmangel anerkannt und in Folge davon dem Gegner den Besitz zugesprochen hat[7]; jedoch ist es dem Verkäufer unbenommen, den Gegenbeweis zu führen, daß das richterliche Urtheil ungerecht[8], oder in Folge nachlässiger Proceßführung des Käufers gefällt worden sei[9]. Von der andern Seite ist es nicht nothwendig, daß der Rechtsmangel gerade durch ein richterliches Urtheil constatirt worden sei; auch wenn der Käufer die Sache freiwillig herausgegeben hat, kann er sich seinen Entschädigungsanspruch durch den Nachweis sichern, daß bei der Unbezweifelbarkeit des Rechts des Dritten der Rechtsstreit überflüssig gewesen sein würde[10]. — Zur Sorgfalt der Proceßführung, welche den Entschädigungsanspruch des Käufers bedingt, gehört namentlich auch Anzeige an den Verkäufer, damit dieser den Käufer bei dem Rechtsstreite unterstützen könne[11]; jedoch beraubt Unterlassung dieser

---

[6] L. 76 D. h. t. Vgl. l. 25. 26 (Mommsen Beiträge II S. 151 Note 11), l. 51 § 2 eod.

[7] Auf diesen Fall ist der Ausdruck evictio berechnet. Es macht keinen Unterschied, ob der Käufer den Proceß als Kläger oder Beklagter verloren hat. S. unten bei Ziff. 3.

[8] L. 51 pr. D. l. 8 i. f. l. 15 C. h. t., l. 1 C. de rer. perm. 4. 64; Vat. fr. § 8. 10. Fällt weg, wenn der Verkäufer als Nebenintervenient in den Proceß eingetreten ist. CPO. § 65.

[9] L. 55 pr. l. 63 § 1. 2 D. l. 8 i. f. C. h. t., l. 29 § 1 l. 66 pr. D. l. 19 C. h. t. Vgl. Seuff. Arch. I. 51. Ueber den Fall der Nebenintervention CPO. § 65.

[10] Dieß wird nicht allgemein anerkannt, indem man sich beruft auf l. 56 § 1 D. l. 17 C. h. t. S. aber l. 29 pr. D. h. t., l. 11 § 12 D. de A. E. V. 19. 1, l. 13 § 15 eod. Bekker a. a. O. S. 288 fg., Fuchs a. a. O. S. 29 fg., Liebe RLex. IV S. 813, Sintenis S. 632 Anm. 17, Keller S. 623, Seuff. Arch. XVI. 37. (Gegen die von einigen der genannten Schriftsteller gemachte Unterscheidung zwischen dem Anspruch aus der duplae stipulatio und der actio emti s. l. 11 § 12 cit.). Der dem Käufer obliegende Beweis muß aber dem Verkäufer gegenüber geführt werden; es genügt nicht Berufung auf einen im Streite mit dem Dritten gefällten Schiedsspruch, wodurch dem Käufer die Sache aberkannt worden ist, l. 56 § 1 D. h. t. — Ob auch die stipulatio duplae in diesem Fall verfiel, muß dahingestellt bleiben. Die stipulatio in l. 11 § 12 cit. braucht von der stipulatio duplae nicht verstanden zu werden, und vgl. l. 18 [19] § 3 D. de neg. gest. 3. 5.

[11] Der Käufer muß dem Verkäufer „litem denuntiare". (In gleicher Bedeutung kommt „auctorem laudare" vor, l. 62 § 1 D. h. t.). L. 53 § 1 D. l. 8. 20 C. h. t., l. 49 l. 62 § 1 D. l. 7. 9. 17. 23. 29 C. h. t. Die Form der Anzeige ist nach römischem Recht gleichgültig. Vgl. Wetzell Civilproc. S. 42 (3. Aufl. S. 53), Bayer Vorträge S. 146. 148. CPO. § 70. „Die Streitverkündigung erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes". Die Anzeige muß so zeitig geschehen, daß der Verkäufer die Möglichkeit hat, alle ihm zu Gebote stehenden Rechtsbehelfe zu Gunsten des Käufers zu verwenden. L. 29 § 2 D. h. t.,

Anzeige den Käufer des Entschädigungsanspruches nur dann, wenn der Verkäufer nachweisen kann, daß er in der Lage gewesen sein würde, dem Processe eine andere Wendung zu geben[12].

2. Der Rechtsmangel muß seinen Grund haben in der mangelhaften Verschaffung des Verkäufers[13]. Deßwegen haftet der Verkäufer nicht, wenn dem Käufer die Kaufsache auf Grund einer nach dem Verkaufe durch einen Dritten vollendeten Ersitzung, oder kraft einer Einrede aus der Person des Käufers entzogen wird[14]. Aber auch wenn der Rechtsmangel seinen Grund in der mangelhaften Verschaffung des Verkäufers wirklich hat, haftet dieser dennoch in dem Falle nicht, wo der Käufer schuld daran ist, daß der Rechtsmangel nicht gehoben worden ist[15].

3. In Folge des Rechtsmangels muß dem Käufer der Besitz der Sache entzogen worden sein[16]. Ob dieß in der Weise geschehen ist, daß ihm der Besitz der Sache genommen, oder in der Weise, daß ihm das Wiedererlangen des Besitzes unmöglich gemacht worden ist, ist gleichgültig[17]. Der Entziehung des Besitzes der Sache steht es gleich, wenn der Käufer, um den Besitz der Sache sich zu erhalten oder

l. 29 § 3 D. de leg. III° 32. Wetzell § 7 Note 28. Unschädlich ist die Unterlassung der Anzeige, wenn der Verkäufer auf dieselbe verzichtet hat, oder sie wegen eines Hindernisses in seiner Person unmöglich ist, l. 63 pr. l. 55 § 1 l. 56 § 5. 6 D. h. t., l. 29 C. h. t. — Die bei * citirte Schrift von Fuchs behandelt die Litisdenuntiation hauptsächlich von der processualischen Seite.

[12] Gegen die absolute Nothwendigkeit der Denuntiation spricht außer der l. 53 § 1 D. h. t. („idemque victus fuisset, quoniam parum instructus esset") namentlich, daß der Käufer nicht einmal unbedingt verpflichtet ist, überhaupt Proceß zu führen (Note 10). S. Dernburg (d. ä.) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. II S. 24 fg., Fuchs S. 31 fg., Bekker S. 292 fg., und die von diesen Schriftstellern Citirten; Seuff. Arch. XVI. 37. Die herrschende Meinung verlangt aber im Falle unterlassener Anzeige vom Käufer wenigstens den Beweis, daß der Verkäufer den Verlust des Processes nicht würde haben abwenden können. Ich halte auch das nicht für gerechtfertigt. Durch die Unterlassung der Anzeige ist nichts constatirt, als die Nachlässigkeit der Proceßführung von Seiten des Käufers; daß zwischen dieser Nachlässigkeit und dem Verlust des Processes ein Causalzusammenhang bestehe, muß derjenige beweisen, der sich auf diesen Causalzusammenhang beruft, der Verkäufer. Wach Civilproz. I S. 620 sieht die Bedeutung der Unterlassung der Anzeige darin, daß sie den Käufer mit dem Beweise der Rechtmäßigkeit der Eviction belaste. [Dernburg II § 99 Note 13.]

[13] L. 1 C. de peric. 4. 48, l. 11 pr. D. h. t.

[14] L. 27. 28 D. h. t.

[15] L. 56 § 3 D. h. t. „Si, cum possit usucapere emtor, non cepit, culpa sua hoc fecisse videtur; unde si evictus est servus, non tenetur venditor".

[16] L. 21 § 1 l. 35 D. h. t., l. 57 pr. eod. (der Verkäufer haftet nicht, wenn der Käufer zwar verurtheilt worden ist, aber der Sieger ohne Rechtsnachfolger stirbt, so daß das Urtheil nicht zur Vollstreckung gelangt).

[17] L. 16 § 1 D. h. t. „Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum

wiederzuerlangen, eine Aufopferung hat machen müssen[18]. Darauf, von welcher Art das Recht ist, kraft dessen dem Käufer der Besitz der Sache entzogen worden ist, kommt nichts an; dieses Recht kann sein[19]: Eigenthum[20], Dienstbarkeit[21], Emphyteuse[22], Superficies[22], Pfandrecht[23], ja auch ein persönlicher Anspruch, wie z. B. ein Theilungsanspruch[24], Noxalanspruch[25], Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[26], namentlich auch ein Besitzanspruch[27]. Durchsetzung einer Dienstbarkeit von der Art, daß durch dieselbe dem Käufer der Besitz der Sache nicht entzogen wird, begründet für den Käufer einen Anspruch nicht[28]. Auf der anderen Seite ist Entwehrung in gleicher

res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emtore conventus absolutus est". Vgl. l. 29 § 1 D. h. t.

[18] L. 16 § 1 cit.: — „vel damnatus est litis aestimatione". L 21 § 2 eod.: — „neque enim habere licet eum, cuius si pretium quis non dedisset, ab adversario auferretur. Prope enim hunc ex secunda emtione, i. e. litis aestimatione, emtori habere licet, non ex pristina". L. 29 pr. eod. (Note 10). Müller S. 96 fg.

[19] Vgl. zum Folgenden Müller § 17—21.

[20] S. z. B. l. 34 § 2 D. h. t., vgl. l. 102 D. de V. O. 45. 1. Dem Eigenthum steht die bonae fidei possessio, sofern sie durchdringt, gleich.

[21] L. 66 pr. D. de contr. emt. 18. 1, l. 49 l. 61 § 2 D. h. t.

[22] Diese beiden Rechte werden in den Quellen zufälligerweise nicht genannt.

[23] L. 34 § 2 l. 35 l. 63 § 1 D. h. t.

[24] L. 34 § 1 D. h. t.

[25] L. 11 § 12 D. de A. E. V. 19. 1; vgl. l. 45 § 1 D. de leg. I° 30. Bechmann S. 394.

[26] L. 39 pr. l. 66 § 1 D. h. t.

[27] Jedoch war die Klage aus der duplae stipulatio in diesem Falle nicht begründet. L. 11 § 13 l. 35 D. de A. E. V. 19. 1. L. 38 § 3 D. de V. O. 45. 1 gehört nicht hierher (vgl. l. 66 pr. D. h. t.). Müller § 21, Bekker S. 266—268. A. M. Bechmann I S. 379.

[28] Weder einen Evictionsanspruch, noch auch einen Anspruch wegen Mangelhaftigkeit der Sache (abgesehen natürlich von den Fällen der Arglist und der ausdrücklichen Zusicherung der Freiheit des Grundstücks, l. 59 D. de contr. emt. 18. 1, l. 75 D. h. t. [vgl. dazu l. 90 l. 169 D. de V. S. 50. 16], l. 1 § 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 69 § 5 D. h. t.). Doch herrscht über das Letztere ein alter Streit, indem Andere auch ohne Arglist und ohne Zusicherung des Verkäufers die actio quanti minoris für begründet halten (s. namentlich Neustetel in seinen und Zimmern's röm.-rechtlichen Untersuchungen S. 216 fg., Gesterding Ausbeute VI S. 174 fg.), obgleich in der neueren Zeit die im Text vorgetragene Ansicht die herrschende werden zu wollen scheint; s. für dieselbe namentlich Müller S. 196 fg., H. Keller in Sell's Jahrb. III S. 97 fg., Vangerow § 610 Anm. 3; auch Bekker S. 265. 278. 279 bekennt sich zu ihr. [Ebenso Dernburg II § 99 Note 19.] Die Beweise für diese Meinung sind enthalten in l. 59 D. de contr. emt. 18. 1 und l. 75 D. h. t. (zweifelhaft bleibt, ob auch l. 66 pr. D. de contr. emt. hierher gehört), Stellen, denen gegenüber l. 61 D. de aed. ed. 21. 1 und l. 15 § 1 D. h. t., welche nur von dem Inhalt, nicht von den Voraussetzungen des Anspruchs wegen einer dem Käufer abgestrittenen Servitut handeln (die letztere überdieß erst nach einer, allerdings nahe liegenden,

Weise vorhanden, mag dem Käufer der Besitz der ganzen Sache oder eines Theiles derselben[29] oder auch nur einer Accession entzogen worden sein[30].

4. Wird der Besitz der Sache nicht dem Käufer selbst entzogen, sondern demjenigen, an den dieser seinerseits weiter veräußert hat, so liegt darin eine Entwehrung auch für den Käufer dann, wenn dieser an dem Behalten des Dritten ein Interesse hat[31].

5. Der Inhalt des Entwehrungsanspruchs[32] ist die Leistung des Interesse, welches der Käufer daran hat, daß die Entwehrung nicht

---

Emendation), nicht in Betracht kommen können. Das römische Recht geht davon aus, daß die Belastung eines Grundstückes mit Dienstbarkeiten etwas so Gewöhnliches sei, daß der Käufer auf dieselbe gefaßt sein, und wenn er wegen derselben einen Entschädigungsanspruch haben wolle, dieserhalb einen besonderen Vorbehalt machen müsse. Auch in Betreff obligatorischer Lasten wird unterschieden, ob der Käufer dieselbe voraussehen konnte, oder nicht, l. 21 § 1 l. 41 D. de A. E. V. 19. 1, vgl. l. 13 § 6 eod., l. 9 C. eod. 4. 49. Bekker S. 276—279. Die Praxis schwankt. Seuff. Arch. III. 314, VII. 163, XI. 28. 221 Nr. I., XI. 222, XII. 258, XIV. 127. 217, XVII. 230, XXV. 206, XXXVII. 201. Das RG. (Entscheid. IV S. 194, VII S. 174, Seuff. Arch. XXXVII. 14, XXXVIII. 115) hat sich für die hier vertretene Ansicht ausgesprochen.

[29] Bruchtheil: l. 1 l. 39 § 2 D. h. t. Körperlicher Theil: l. 1 l. 64 § 3 D. h. t. Bestandtheil: l. 23 § 1 D. de usurp. 41. 3. Doch war in diesem letzten Falle die Klage aus der duplae stipulatio nicht begründet; ob auch in dem ersten der genannten Fälle nicht, bleibt zweifelhaft. L. 56 § 2 l. 64 pr. — § 2 D. h. t. Bekker S. 268, Brinz 1. Aufl. II S. 738 Note 29.

[30] Einer Sache, welche ihm nicht entwehrt worden sein würde, wenn ihm das volle Recht an der Sache wäre verschafft worden. L. 8 D. h. t. Aber die duplae stipulatio verfiel auch in diesem Falle nicht, l. 42. 43 D. h. t.

[31] Z. B. der Käufer hat weiter verkauft, l. 39 § 1 l. 61 D. h. t. (über l. 33 D. h. t. vgl. mit Müller S. 115 fg. Bekker S. 234); er hat als Ehefrau oder Vater der Ehefrau die Sache zur Dos gegeben, l. 22 § 1 D. h. t., l. 75 D. de I. D. 23. 3, l. 71 D. h. t. Vgl. zu l. 71 cit. § 251 Note 3, und über den Fall der Dotalbestellung überhaupt Müller S. 137 fg., Bechmann röm. Dotalrecht I S. 134 fg., Czyhlarz röm. Dotalrecht S. 188 fg. Anders entscheidet für den Fall der Stipulation, wenn der Gläubiger die Sache verschenkt hat, l. 131 § 1 D. de V. O. 45. 1. Nach dem § 389 zu Note 8c Gesagten wird es nicht gerechtfertigt sein, diese Entscheidung auf den Fall des Kaufs zu übertragen.

[32] Bekker a. a. O. S. 231 fg. 301 fg. streitet mit großer Lebhaftigkeit für den unzweifelhaft richtigen Satz, daß der Entwehrungsanspruch nichts sei, als ein Anspruch auf Erfüllung bez. Leistung des Interesse wegen Nichterfüllung; durch die Entwehrung werde nicht sowohl ein neuer Anspruch begründet, als vielmehr herausgestellt, daß der dem Käufer aus dem Kaufe erwachsene Anspruch unerfüllt sei. Wenn aber Bekker diesen Gedanken dahin ausbildet, daß durch die Entwehrung das von dem Verkäufer beschaffte tradere als eine „Scheinleistung" aufgewiesen werde, so scheint mir das keine glückliche Auffassung zu sein. Gewiß hat der Verkäufer, welcher durch sein tradere das habere licere nicht bewirkt hat, seine Verbindlichkeit nicht erfüllt. Daß aber deßwegen sein tradere gar nicht als wirkliches tradere anerkannt werden dürfe, scheint mir durch die gelegentliche Aeußerung der l. 3 pr. D. de A. E. V. 19. 1 (ob auch

geschehen sei[33]. Das Interesse wird bestimmt mit Rücksicht auf die Zeit der Entwehrung[34]; abgezogen wird, was der Käufer seinerseits von der Sache gewonnen hat[35]. Wird ein Theil entwehrt, so ist das Interesse mit Rücksicht auf den besonderen Werth gerade dieses Theils zu bestimmen[36]. Wird von mehreren zusammen verkauften Sachen Eine entwehrt, so ist für diese Ersatz zu geben, ohne daß sich der Verkäufer auf den Mehrwerth der nicht entwehrten berufen könnte[37]. Für den Kauf generisch bestimmter Sachen gilt nichts Anderes, als für den Kauf individuell bestimmter[37a].

---

l. 33 D. h. t. hierher gehört, muß doch dahin gestellt bleiben) keineswegs bewiesen zu werden. Vgl. auch Eck (§ 389 Note 8a) S. 16 Anm. 1, Bechmann I S. 380, [Dernburg II § 99 Note 2.]

[33] L. 8 D. l. 23. 25. 29 C. h. t. Seuff. Arch. V. 122. Daß nicht Rückgabe des Kaufpreises als solche den Gegenstand des Anspruchs bilde, sagen ausdrücklich l. 60 l. 66 § 3 l. 70 D. l. 23 C. h. t. Vgl. übrigens Seuff. Arch. V. 122. 268; dazu Bekker S. 321. Ebensowenig thut der Verkäufer durch Wiederverschaffung der Sache genug, wenn das Interesse des Käufers weiter geht, l. 67 D. h. t. Ersatz von Verwendungen: l. 9 l. 16 C. h. t., l. 43. 44. 45 pr. § 1 D. de A. E. V. 19. 1. Ersatz von Schäden: l. 17 C. h. t. (im Besonderen Ersatz der Kosten des Evictionsprocesses: Bekker S. 309). Beschränkung der Interesseforderung auf das Doppelte des Werthes der Sache nach der allgemeinen Regel der l. un. C. de sentent. quae pro eo 7. 47 (§ 258 Note 9) und nach l. 44 D. de A. E. V. 19. 1. Besonderes Recht des Verkaufs in Folge richterlicher Pfändung: l. 74 § 1 D. h. t. (vgl. I § 233 Note 3. 4. 5a). — Seuff. Arch. V. 122. 267. 268. 269, XXI. 219. 220, s. auch XXII. 126.

[34] L. 45 pr. D. de A. E. V. 19. 1, l. 66 § 2 l. 70 D. h. t. Vgl. Bekker S. 308, Sintenis Anm. 168. Dagegen kam es bei der duplae stipulatio auf spätere Verbesserung oder Verschlechterung der Kaufsache nicht an, l. 64 pr. l. 13 D. h. t. Freilich passen dazu nicht oder scheinen doch nicht zu passen l. 64 § 1. 2 l. 15 D. eod. Vgl. Bekker S. 273 fg. 309, Vangerow III § 610 Anm. 1, Brinz 2. Aufl. II S. 738 Note 27, Scialoja Arch. giuridico XXX p. 156 sg. Ist dieser römische Grundsatz auch heutzutage noch anwendbar, wenn etwa für den Fall der Entwehrung eine bestimmte Schadensersatzsumme versprochen sein sollte? Bejahend beantwortet von Arndts § 303 zu Anm. 9, Sintenis S. 625. 626. Ueber l. 64 § 1. 2 citt. s. noch Bekker S. 274—276, Vangerow § 610 Anm. 1 und die das. Citirten, Brinz 2. Aufl. II S. 738 Note 27.

[35] Vgl. l. 74 § 1 D. h. t. Daß im Fall dieser Stelle der Käufer auf die Rückforderung des Kaufpreises beschränkt ist, thut ihrer Beweiskraft keinen Eintrag.

[36] L. 1 l. 45 D. h. t. Auch bei der duplae stipulatio wurde der zu leistende Theil der dupla mit Rücksicht auf den besonderen Werth des entwehrten Theils berechnet (l. 64 § 3 D. h. t.), mit Ausnahme jedoch des Falles, wenn der Preis nicht im Ganzen, sondern auf So und So viel für eine Maßeinheit bestimmt war (l. 53 pr. eod.).

[37] L. 47 l. 72 D. h. t. L. 42 D. de A. E. V. 19. 1 darf nicht hierher bezogen werden; diese Stelle sagt nur, daß, wenn sich bei der einen verkauften Sache ein Mangel an der zugesagten Quantität finde, auf dasjenige, worum die andere die zugesagte Quantität überschreite, billige Rücksicht genommen werden müsse.

[37a] In der fünften Auflage war gesagt, daß beim Genuskauf der Käufer

6. Ein Entwehrungsanspruch ist nicht begründet, wenn der Käufer auf denselben verzichtet[38] oder wenn er das mangelhafte Recht des Verkäufers beim Verkaufe gekannt hat[39]; ferner nicht bei Verkäufen, die Jemand während des Spiels macht, um weiter spielen zu können[40].

§ 392.

Eine Verpflichtung wegen Entwehrung kommt nicht bloß beim Kaufvertrag vor; sie findet ferner in allen Fällen statt, wo Jemand verpflichtet ist, Eigenthum oder ein anderes Recht an einer Sache, welches Anspruch auf das Haben der Sache gibt, zu verschaffen[1]. Nur beschränkt sich hier die Verpflichtung des Schuldners nicht auf den Fall der Entwehrung, sondern der Schuldner haftet sofort, sobald es feststeht, daß er das zu verschaffende Recht nicht, oder nicht so verschafft hat, daß kraft desselben das Haben und Behalten der Sache möglich ist[2]. Daß Jemand aus der bloßen Thatsache des nicht ver=

---

nach seiner Wahl entweder sein Interesse (nach heutigem Recht) oder Lieferung einer anderen Sache verlangen könne. Die Grundlage dieser Ansicht war, daß das Gelieferte nicht verkauft, sondern erfüllungsweise gegeben sei. Das ist richtig; aber es ist doch gegeben zum Zweck der Erfüllung einer Kaufobligation. Die Kaufobligation aber geht nicht auf Eigenthumsverschaffung, weder die durch die Beredung noch die durch die Tradition begründete. Von dem bezeichneten Ausgangspunkt aus gelangt Bechmann II S. 332 zu dem Resultat, daß der Käufer nicht sein Interesse, sondern nur Lieferung einer anderen Sache verlangen könne.

[38] S. g. pactum de non praestanda evictione. L. 21 C. l. 69 pr. D. h. t. Dasselbe hilft aber nicht dem arglistigen Verkäufer. L. 6 § 9 l. 11 § 15. 18 D. de A. E. V. 19. 1, l. 69 § 5 D. h. t. Vgl. Seuff. Arch. XVII. 24. Sodann: ist nicht ein solcher Vertrag im Zweifel dahin zu verstehen, daß der Verkäufer zwar nicht gehalten sein solle, dem Käufer sein Interesse zu leisten, aber immerhin gehalten sein solle, den Kaufpreis zurückzugeben? Von dieser Frage handelt l. 11 § 18 cit. Die jetzt herrschende Auffassung dieser Stelle ist die, daß sie die aufgeworfene Frage verneint. Vgl. namentlich Vangerow § 610 Anm. 4; andererseits Puchta Vorles. zu § 362. [Scharff die Lehre vom Gewährerlaß (pactum de non praestanda evictione) nach röm. R. 1888. Darüber Eck deutsche Litteraturzeit 1889 S. 687 fg., M. Rümelin krit. VJSchr. XXXI S. 452 fg.]

[39] L. 18. 27 C. h. t., l. 7 C. comm. utr. iud. 3. 38. Singuläre Bestimmungen in l. 3 § 4 C. comm. de leg. 6. 43 und Nov. 7. c. 5. Vangerow § 610 Anm. 5. Seuff. Arch. VII. 297, IX. 278, XVII. 29, s. aber auch XXIX. 123. Vgl. noch XXXI. 218.

[40] L. 2 § 1 D. quar. rer. actio 44. 5.

§ 392. [1] S. z. B. l. 58 D. h. t. 21. 2, l. 29 § 3 D. de leg. III° 32.

[2] S. § 342 Note 4—6. — Bekker S. 258. 265 ist der Meinung, daß die Verpflichtung zur Eigenthumsverschaffung nicht immer, oder doch nicht in jeder Beziehung, den Inhalt habe, daß dem Gläubiger ein Eigenthum verschafft werden müsse, welches ihm auch das habere licere gewähre. Er beruft sich auf l. 2 D. de rer. perm. 19. 4. Aus dieser Stelle kann aber nur das „furtis noxisque solutum“ in Betracht kommen, und durch l. 72 § 5 D. de solut. 46. 3 wird

schafften Rechts nicht haftet, kommt nur beim Kauf vor[3]; dadurch rechtfertigt sich die hier festgehaltene Stellung der Entwehrungslehre[4].

cc. Haftung des Verkäufers wegen der Beschaffenheit der Kaufsache.

αα. Sie hat Mängel*.

§ 393.

Wegen der Mängel der Kaufsache haftet der Verkäufer[1]: 1) wenn er ihre Abwesenheit versprochen hat[2]; 2) wenn er sie gekannt und

---

bewiesen, daß, wer zum dare eines Sclaven verpflichtet ist, seiner Verpflichtung durch die Leistung eines servus nondum noxa solutus nicht genügt.

[3] Nicht auch bei kaufähnlichen Geschäften (l. 15 D. quib. ex caus. in po. 42. 4, l. 4 § 31 D. de doli exc. 44. 4)? Daß beim Tausch für Eigenthumsverschaffung gehaftet werde, ist in den Quellen ausdrücklich anerkannt (§ 398 Note 4). Was die Leistung an Zahlungsstatt angeht, s. § 342 Note 14. Wie ist es bei der Theilung? Von der Verhaftung wegen Eviction reden l. 66 § 3 D. h. t., l. 14 C. fam. erc. 3. 36, l. 7 C. comm. utr. iud. 3. 38. Doch wird es nicht unerlaubt sein, die Grundsätze vom Tausch in den Fällen in Anwendung zu bringen, wo bei der Theilung für die fragliche Sache nicht Geld, sondern eine andere Sache gegeben worden ist, vgl. l. 20 § 3 i. f. D. fam. erc. 10. 2, l. 77 § 18 D. de leg. II° 31. — Wird nicht auch aus dem Miethvertrag wegen Entwehrung gehaftet? Dafür Bekker S. 243 fg.; dawider Müller S. 123 fg. Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Vermiether bloß zur Gewährung des Gebrauchs der Sache verpflichtet ist; aber kann man sagen, daß der Miether „evictionem patitur", wenn ihm das Haben der Sache von einem Dritten entzogen wird? L. 9 pr. D. loc. 19. 2 beweist dafür nicht; die evictio, von welcher diese Stelle redet, kann füglich von einer Eviction des Vermiethers verstanden werden.

[4] Andere stellen sie in den, ohnehin schon hinlänglich beschwerten, allgemeinen Theil des Obligationenrechts; s. z. B. Unterholzner, Seuffert, Vangerow. Brinz handelt von ihr an doppelter Stelle (2. Aufl. II § 280. 328).

* Dig. 21. 1 de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris. Cod. 4. 58 de aediliciis actionibus. — Neustetel in seinen und Zimmern's römischrechtl. Untersuchungen Nr. 9 (1821). Unterholzner Arch. f. civ. Pr. VI S. 60 fg. (1823). Gesterding Ausbeute von Nachforschungen VI. 2 Nr. 1 (1838); mit unbedeutenden Aenderungen wieder abgedruckt Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VI S. 1 fg. H. Keller in Sell's Jahrb. III S. 86 fg. (1844). Hoffmann Arch. f. prakt. RW. IV S. 177—199 (namentlich über die Bestimmungen der deutschen Particularrechte). Hanausek die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare nach röm. und gem. R. mit besonderer Berücksichtigung des Handelsr. Erste Abth. 1883. Zweite Abth. 1. Hälfte 1884. [2. Hälfte 1887.] Darüber Regelsberger Grünhut's Zeitschr. XI S. 429 fg. Glück XX S. 1—168; Unterholzner II S. 263—279, Sintenis II S. 606—622, Vangerow III § 609 Anm. 1. 2, Brinz 2. Aufl. II § 327—327b. Thöl Handelsr. I § 82—85 (6. Aufl. § 273—280). Stobbe III S. 244 fg.

[1] Die Verhaftung des Verkäufers wegen der Mängel der Kaufsache beruht für das römische Recht: a) auf den Vorschriften des Civilrechts; b) auf den weiter gehenden Sätzen des Edicts der curulischen Aedilen. Nach Civilrecht haftete der Verkäufer nicht, wenn er nicht die Mängel arglistig verschwiegen oder ihre Abwesenheit versprochen hatte; das Edict der Aedilen kehrte die Regel § 393.

arglistigerweise verschwiegen hat[3]; 3) wenn keiner dieser Fälle vorliegt dann[4], wenn die Mängel so erheblich sind, daß sie den Gebrauch

um, und sagte, der Verkäufer hafte wegen der Mängel immer, wenn er ihre Anwesenheit dem Käufer nicht angezeigt habe (l. 1 § 1 l. 38 pr. D. h. t.) Das Edict der Aedilen bezog sich zwar nur auf den Verkauf von Sclaven und Vieh (pecus); aber es ist durch die Jurisprudenz auf alle anderen Arten körperlicher Sachen ausgedehnt worden (l. 1 pr. l. 48 § 6 l. 49 l. 63 D. l. 4 C. h. t.). Ueber und gegen die abweichende Ansicht, welche in dieser Beziehung Gans im Arch. f. civ. Pr. II S. 112 fg. aufgestellt hat, welche aber ohne alle Nachfolge geblieben ist, s. Thibaut das. V S. 350 fg., Unterholzner Arch. S. 76 fg. 97—101, Keller S. 121—123, Vangerow S. 327; über eine andere abweichende Ansicht von Busch s. unten Note 4. Wenn in l. 13 pr. § 1 D. de A. E. V. 19. 1 (über l. 6 § 4 eod. s. Note 2 a. E.) bloß auf Grund des Vorhandenseins nicht angezeigter Mängel auch die actio emti gegeben wird, so soll damit nur gesagt sein, daß mit der actio emti (auf Grund der Formelconception 'quidquid paret N^m N^m A° A° dare facere oportere ex fide bona') auch der Inhalt des aedilicischen Rechts geltend gemacht werden könne. Unterholzner Arch. S. 109 fg., Keller S. 93 fg. 140 fg., Windscheid Voraussetzung S. 112 fg., Vangerow S. 324 (7. Aufl. S. 305), Sintenis Anm. 79 u. 99, Schliemann Haftung des Cedenten S. 132—136, Wlassak negotiorum gestio S. 170 fg., Hanausek S. 55 fg. Zweifelnd Regelsberger a. a. O. S. 437. A. M. Neustetel S. 160 fg., Pfersche zur Lehre vom s. g. error in substantia S. 33 fg. 60 fg., welche die Haftung für nicht angezeigte Mängel bereits dem Civilrecht zuschreiben; dawider Hanausek S. 33 fg. Vgl. übrigens auch Brinz II § 327a. Zur geschichtlichen Entwickelung ferner: Bechmann I S. 391 fg., Hanausek I S. 17 fg.

[2] Natürlich schon nach Civilrecht, l. 6 § 4 l. 13 § 3 D. de A. E. V. 19. 1. Aber auch nach dem aedilicischen Edict, l. 1 § 1 l. 17 § 20 l. 18 pr. l. 38 § 10 l. 52 D. h. t. — In einer Anpreisung der Sache zum Zwecke ihrer Empfehlung liegt noch nicht die Uebernahme der Garantie für ihre Fehlerlosigkeit. L. 19 § 3 D. h. t. „Ea autem sola dicta sive promissa admittenda sunt, quae sic dicuntur, ut praestentur, non ut iactentur". L. 19 § 1. 2 eod. Es kann aber der Verkäufer, welcher durch eine solche Anpreisung den Käufer verleitet hat, möglicherweise wegen Betrugs in Anspruch genommen werden, l. 37 D. de dolo 4. 3. Vgl. Hesse Arch. f. civ. Pr. LXI S. 240 fg. Seuff. Arch. XVIII. 237, XXIX. 16, XXX. 226, [XLI. 95. 265. Dernburg II § 100 Note 17.] — Das Versprechen der Abwesenheit des Mangels kann auch stillschweigend gegeben werden. L. 6 § 4 D. de A. E. V. 19. 1, vgl. l. 19 § 1 D. loc. 19. 2. Hanausek I S. 49. Seuff. Arch. VII. 31 S. 42; vgl. aber auch XVI. 181.

[3] Natürlich schon nach Civilrecht, vgl. l. 11 § 5 l. 13 pr. § 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 35 § 8 D. de contr. emt. 18. 1. Aber auch diese Bestimmung haben die Aedilen wiederholt, l. 1 § 1 i. f. D. h. t. Dem Arglistigen hilft nicht einmal der Vertrag, daß er für Fehlerhaftigkeit der Sache nicht solle einzustehen haben, l. 14 § 9 D. h. t. Näheres: Mommsen Erört. II S. 143 fg. Seuff. Arch. XXVIII. 21, XXX. 130, XXXVIII. 246. [Gegen die Gleichstellung der lata culpa Hanausek II S. 191 fg.]

[4] Dieß ist die aedilicische Neuerung. L. 1 § 1 l. 38 pr. § 5 D. h. t. L. 1 § 2 eod.: — „dummodo sciamus, venditorem, etiamsi ignoravit ea, quae aediles praestari iubent, tamen teneri debere". Auch ob die Unwissenheit des Verkäufers entschuldbar ist oder nicht, ist gleichgültig. Busch Arch. für

der Sache beeinträchtigen[5], und nicht so offenkundig, daß sie dem Käufer in die Augen fallen mußten[6]. In dem ersten und zweiten Falle haftet der Verkäufer auf das Interesse des Käufers[7], im ersten Fall kann der Käufer außerdem, wenn er sein Interesse nicht geltend machen will[7a], nach seiner Wahl entweder verhältnißmäßige Preisminderung[8] oder Rücknahme der Sache[8a] verlangen[9]. Im dritten

civ. Pr. XXVI S. 225 fg. hat die Behauptung aufgestellt, daß Entschuldbarkeit der Unwissenheit den Verkäufer in allen nicht durch den Wortlaut des Edicts vorgesehenen Fällen (Sclaven- und Viehhandel) von der Verhaftung entbinde; s. dagegen Keller in Sell's Jahrb. III S. 345 fg., Vangerow S. 328 (7. Aufl. S. 308), Pernice Labeo II S. 249.

[5] L. 1 § 8 l. 10 pr. D. h. t. Nähere Ausführung in Betreff von Sclaven in l. 4 § 6 — l. 15 D. h. t., in Betreff von Thieren in l. 38 § 3. 7—9 eod. Animi vitia kamen bei Sclaven überhaupt nur dann in Betracht, wenn sie zu dem im Edict aufgezählten gehörten, l. 1 § 9 — l. 4 § 4 l. 65 D. h. t. Bei Thieren gelten animi vitia als physische Mängel, l. 38 § 8. 9 l. 43 pr. D. h. t., vgl. l. 4 § 3 eod. Unterholzner Arch. S. 70 Note 27, Keller S. 127 fg. (gegen Neustetel S. 233 fg.). Seuff. Arch. V. 155, X. 29, XII. 137, XV. 115, XXIV. 24, XXV. 205.

[6] L. 14 § 10 D. h. t.: — „ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum aedilium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare potuit". L. 1 § 6 l. 48 § 4 eod. L. 55 eod.: dissoluta ignorantia. Der Maßstab, mit welchem gemessen wird, ist der Maßstab des gewöhnlichen Mannes, nicht der Maßstab des Kenners. Gesterding Arch. f. civ. Pr. IV S. 18—22, Thöl § 273 a. E., Hanausek I S. 84 fg. Seuff. Arch. V. 155, VII. 295, X. 29. Vgl. XXVII. 114.

[7] Actio emti. L. 6 § 4 l. 13 pr. § 1—3 D. de A. E. V. 19. 1. Auch im zweiten Fall kann nicht bloß das s. g. negative Vertragsinteresse, sondern auch das Erfüllungsinteresse verlangt werden, so daß Arglist gleich Zusicherung ist. Vgl. l. 30 § 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 57 § 1 D. de contr. emt. 18. 1, und v. Ziegler über Betrug beim Vertragsschlusse (München 1870) S. 57 fg., Mommsen Erört. II S. 166 fg., Hanausek I S. 50 fg. 158 fg.

[7a] Vgl. Hanausek I S. 172.

[8] Actio aestimatoria oder quanti minoris. L. 18 pr. h. t.

[8a] Actio redhibitoria. L. 1 § 1 l. 18 pr. l. 38 § 10 h. t. Seuff. Arch. XI. 222. Vgl. l. 21 pr. D. h. t. „Redhibere est facere, ut rursus habeat venditor, quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata, quasi redditio". Vgl. übrigens auch Bechmann I S. 403 Note 2. — Die actio quanti minoris und die actio redhibitoria sind die von den Aedilen neu aufgestellten Klagen, und daher auf den dritten Fall berechnet. Aber daß die Aedilen sie auf den ersten Fall erstreckt haben, zeigen die citirten Stellen. Auch der Fall des dolus war im aedilicischen Edict vorgesehen, aber nur mit den Worten: „Hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus (l. 1 § 1 i. f. D. h. t.), und wenn auch kaum zu bezweifeln ist, daß dieses iudicium das gleiche ist, wie das im Vorhergehenden versprochene, also die actio redhibitoria, so wird doch ebensowenig bezweifelt werden dürfen, daß es in gleicher Weise nur wegen der im Vorhergehenden genannten Mängel versprochen wird, so daß dieser Zusatz eigentlich überflüssig ist. Wlassak neg. gestio S. 174, Hanausek S. 22. A. M. Neustetel S. 184. 199, Sintenis S. 612 in der Note. Ueber l. 37 D. de dolo 4. 3 s. Hanausek

Fall hat der Käufer nur die Ansprüche auf Preisminderung oder Rücknahme[10], Anspruch auf weiteres Interesse steht ihm nicht zu[11]. Der Anspruch auf Preisminderung verjährt in einem Jahre, der auf Rücknahme in sechs Monaten, beides tauglicher Zeit[12]; der Anspruch auf Leistung des Interesse verjährt in der gewöhnlichen Frist[13].

---

a. a. O. — Zusicherung der Abwesenheit von rechtlichen Mängeln begründet die ädilicischen Ansprüche nicht. Vgl. § 391 Note 28 und Seuff. Arch. XXXV. 109.

[9] Auch mit der actio emti kann Auflösung des Vertrages verlangt werden; aber dann muß der Käufer beweisen, daß gerade hierauf sein Interesse gehe, während er bei der actio redhibitoria von diesem Beweise frei ist. L. 11 § 3. 5 D. de A. E. V. 19. 1, vgl. l. 43 § 6 D. h. t., l. 25 § 1 D. de exc. rei iud. 44. 2. Keller S. 154 fg. — Auch Rückgabe eines verhältnißmäßigen Theils des gezahlten Kaufpreises kann mit der actio emti verlangt werden, denn jedenfalls hat der Käufer ein Interesse daran, eine nicht durch den Fehler in ihrem Werthe geminderte Sache zu haben. Aber dieser Anspruch geht eben auch nur auf den Betrag, um welchen die Sache wegen des Fehlers weniger werth ist, nicht auf verhältnißmäßige Preisminderung. — Die letzte Bemerkung verdanke ich meinem Freunde E. A. Seuffert in München. Der Widerspruch, welchen Pernice Labeo II S. 323 Note 23 gegen dieselbe erhoben hat, beruht wohl auf der Annahme, daß es meine Meinung sei, es könne mit der actio emti die bezeichnete Preisminderung wegen aller Mängel verlangt werden. Zu dieser Annahme habe ich keine Veranlassung gegeben. Wenn ich von dem Inhalte der actio emti rede, so versteht es sich von selbst, daß ich ihre Begründung nach dem zu Note 2 und 3 Gesagten voraussetze.

[10] Er hat actio aestimatoria oder redhibitoria nach seiner Wahl. L. 38 pr. l. 43 § 6 D. h. t., l. 25 § 1 D. de exc. rei iud. 44. 2. Die früher herrschende Meinung, daß die actio redhibitoria nur wegen Hauptmängel, nicht wegen Nebenmängel, begründet sei, ist jetzt aufgehoben. Gegen dieselbe Feuerbach civilistische Versuche Nr. 2, Neustetel S. 245 fg., Unterholzner Arch. S. 88. — Kann der Verkäufer der Auflösung des Vertrages dadurch entgehen, daß er den Mangel nachträglich verbessert? Verneint für die Zeit nach der Litiscontestation bei Seuff. XV. 116.

[11] Vgl. Seuff. Arch. IV. 25, X. 32.

[12] L. 38 pr. l. 19 § 6 l. 48 § 2 l. 55 D. l. 2 C. h. t., l. 25 § 1 D. de exc. rei iud. 44. 2. Daß taugliche Zeit gerechnet wird: l. 19 § 6 l. 55 cit. Seuff. Arch. X. 31. [Beginn der Verjährung: Entsch. d. RG. XXI S. 162 (= Seuff. Arch. XLIV. 84).] Diese kurze Verjährung bezieht sich aber nur auf die actio quanti minoris und redhibitoria, nicht auf die actio emti, wenn mit dieser Rückgabe eines Theils des Kaufpreises oder Rücknahme der Sache als Gegenstand des Interesse gefordert wird (Note 9). Dagegen bezieht sie sich allerdings auch auf die actio emti, wenn durch diese nur das aedilicische Recht selbst geltend gemacht wird. S. Note 1 a. E. und Unterholzner Arch. S. 103. 104, Keller S. 163, Vangerow S. 325 (7. Aufl. S. 305), Schäffer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII S. 259 fg., Seuff. Arch. X. 30, XXXV. 108. Für das römische Recht ist in dieser Beziehung nicht ohne Zweifel Sintenis S. 613 in der Anmerkung, s. auch Regelsberger a. a. O. S. 437.

[13] Das HGB. Art. 349 Abs. 2, 350 unterwirft alle Klagen wegen der Mängel der Kaufsache, nur nicht die Klage aus dem Betruge, einer sechsmonatlichen Verjährung. Ueber die einredeweise Geltendmachung der Mängel s. Art. 349 Abs. 3.

§ 394.

Zu dem Gesagten ist folgendes Nähere zu bemerken.

1. Der Anspruch auf Preisminderung geht eben auf Minderung des Kaufpreises, d. h. der gerade bei diesem Kaufe vereinbarten Kaufsumme. Er geht nicht auf Ersatz des Minderwerthes, welchen die Sache wegen des Mangels nach objectiver Schätzung hat[1]. Sind mehrere Sachen um Einen Preis verkauft worden, so ist der Preis nicht auf alle gleich zu vertheilen, sondern der auf jede fallende Theil des Preises nach Verhältniß ihres Werthes zu bestimmen[1a].

2. Gibt der Käufer die Sache zurück, so müssen beide Parteien in denselben Zustand zurückversetzt werden, in welchem sie sein würden,

---

[1] Wer eine Sache, die ohne den Mangel 10 werth gewesen wäre, um 20 gekauft hat, bekommt, wenn die Sache in Folge des Mangels nur 5 werth ist, 10 zurück (die Hälfte des Kaufpreises), nicht 5. Wer eine Sache, die ohne den Mangel 20 werth gewesen sein würde, um 10 gekauft hat, bekommt, wenn sie in Folge des Mangels nur 10 werth ist, 5 zurück (die Hälfte des Kaufpreises), nicht 10. Die Quellen gehen auf diesen Gegensatz nicht ein; sie setzen Uebereinstimmung des Kaufpreises mit dem wahren Werthe der Sache voraus. In Folge davon sagen sie sowohl, daß der Käufer zurückbekomme, quanti minoris res fuerit (l. 38 pr. § 13 D. h. t., l. 25 § 1 D. de exc. rei iud. 44. 2), als daß er zurückbekomme, quanto minoris emturus fuerit (l. 13 pr. § 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 32 § 1 D. de evict. 21. 2). — Noch unrichtiger wäre es, wenn man sagen wollte, daß der Anspruch des Käufers auf die Differenz zwischen dem wirklichen Werth und dem Kaufpreise gehe, wonach in dem ersten der oben bezeichneten Fälle der Käufer 15 erhalten würde, im zweiten gar nichts. Es hieße das den Parteien gestatten, bei Gelegenheit des Anspruchs auf Preisminderung sich zugleich für den Schaden zu erholen, welchen sie durch zu theueren Kauf oder durch zu wohlfeilen Kauf erlitten haben. — Vgl. über die verschiedenen Meinungen Hoffmann Arch. f. prakt. RW. IV S. 181 fg., Bähr das. VII S. 67 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 728, Sintenis S. 618 Text und Anm. 120. 122, auch die Citate bei Seuffert § 266 Note 2a, neuestens Hellweg Arch. f. civ. Pr. LIX S. 35 fg. (1876), Hanausek I S. 128 fg. Seuff. Arch. XVIII. 124, XXX. 239, XXXVII. 202. Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 250 fg. 258 fg. Hellweg macht (S. 46) mit Recht darauf aufmerksam, daß trotz der principiellen Richtigkeit der hier vertheidigten Ansicht, doch, wenn der Kaufpreis den wirklichen Werth der Sache in fehlerlosem Zustande übersteigt, darauf Rücksicht genommen werden müsse, ob nicht der Mehrpreis für die Abwesenheit eines in der That nicht vorhandenen Fehlers gegeben worden sei, während ein anderer Fehler, wegen dessen jetzt Minderung begehrt wird, sich zeigt. A. M. in dieser Beziehung Hanausek S. 130. — Wird der Anspruch auf Preisminderung ausgeschlossen durch Weiterverkauf der Sache um höheren Preis? Vgl. Hanausek I S. 132 und Citate das. [Entsch. d. RG. XVII S. 65.] § 394.

[1a] L. 36 l. 64 D. h. t. Vgl. Sintenis Anm. 22. Seuff. Arch. XXVII. 113. Es ist aber auch darauf Rücksicht zu nehmen, ob nicht durch die Fehlerhaftigkeit der einen Sache zugleich der Werth der anderen gemindert wird. L. 38 § 13 D. h. t.

wenn der Kaufvertrag nicht abgeschlossen worden wäre[2]. Demnach muß der Käufer die Kaufsache zurückgeben: a) mit Allem, was ihm mit der Kaufsache übergeben worden oder beim Käufer zu ihr hinzugetreten ist[3]; b) mit allen Früchten, welche der Käufer von der Sache gezogen hat, oder bei gehöriger Sorgfalt hätte ziehen können, ebenso mit allem sonst von der Sache gemachten Erwerb[4]; c) in demselben Zustand, in welchem der Käufer die Sache erhalten hat, oder mit Ersatz für die durch seine Schuld eingetretenen Verschlechterungen[5]. Andererseits ist der Verkäufer verpflichtet: a) zur Rückgabe des Kaufpreises[6] mit Zinsen[7]; b) zur Erstattung der Auslagen, welche der Käufer wegen des Kaufes gemacht hat, vorausgesetzt daß auch der Verkäufer sie gemacht haben würde[8]; c) zum Ersatz des dem Käufer durch die mangelhafte Beschaffenheit der Sache verursachten Schadens[9]. So jedoch, daß der Verkäufer sich von jeder weiteren Leistung als der des

[2] L. 23 § 1 D. h. t.: — „ut uterque resoluta emtione nihil amplius consequatur, quam non haberet, si venditio facta non esset" (vgl. zu dieser Stelle Mommsen in seiner Ausg.). L. 23 § 7 D. h. t. „Iulianus ait, iudicium redhibitoriae actionis utrumque, i. e. venditorem et emtorem, quodammodo in integrum restituere debere". L. 60 D. h. t., l. 13 § 2 D. de A. v. A. P. 41. 2. Aber: „cum . . servus, quem emi traditusque mihi est, a me redhibeatur, non est in ea causa, ut perinde habeatur, atque si meus nunquam fuisset, sed et fuit et desiit", l. 17 § 2 D. de furtis 47. 2. Unterholzner Arch. S. 91 fg., Gesterding Ausbeute S. 33 fg. Zeitschr. S. 21 fg., Mommsen Beiträge II S. 34—36, Jhering Jahrb. für Dogm. IV S. 17, Hanausek I S. 133 fg.

[3] L. 1 § 1 l. 23 § 1 l. 31 § 3. 4 l. 33 § 1 D. h. t.

[4] L. 1 § 1 l. 23 § 9 l. 24 l. 31 § 2 D. h. t.

[5] Die Verschlechterung kann eine factische sein; davon l. 1 § 1 l. 23 pr. l. 25 pr. — § 8 l. 31 § 9 D. h. t. Sie kann auch eine juristische sein, wenn nämlich der Käufer dingliche Lasten auf die Sache gelegt hat; der Käufer muß dieselben ablösen oder Ersatz dafür geben (sie hören nicht etwa von selbst auf). L. 21 § 1 l. 43 § 8 D. h. t., l. 4 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6. Vgl. noch v. Wyß Haftung für fremde Culpa S. 84—86.

[6] L. 25 § 10 l. 26 D. h. t.

[7] L. 27 l. 29 § 2 D. h. t.

[8] L. 27 l. 29 § 3 l. 30 D. h. t. Kein Ersatz für die Ernährung eines Sclaven (Thieres), weil der Käufer auch keinen Ersatz für den Gebrauch desselben gibt, l. 30 § 1 D. h. t. Seuff. Arch. V. 120, XXVI. 118, XXVIII. 119, XXX. 121, vgl. XXXII. 311. Hanausek I S. 137 fg. [Dernburg II § 101 Note 4.]

[9] L. 23 § 8 l. 29 § 3 l. 31 pr. l. 58 pr. D. h. t. Abgesehen von der Redhibition hat der Käufer einen Anspruch auf Ersatz des ihm durch die mangelhafte Beschaffenheit der Sache erwachsenen Schadens nur dann, wenn der Verkäufer die mangelhafte Beschaffenheit gekannt hat. L. 13 pr. § 1 D. de A. E. V. 19. 1. Der aufgestellte Satz ist jedoch nicht unbestritten. Hanausek I S. 139 fg. [Dernburg II § 100 zu Note 16.] Seuff. Arch. VII. 25. 170, XVI. 181.

Kaufpreises und der Zinsen dadurch befreien kann, daß er dem Käufer die Sache läßt[10]. Erfüllt der Verkäufer seine Verbindlichkeiten bis zum Urtheil nicht, obgleich der Käufer zur Leistung des ihm Obliegenden bereit ist, so wird er auf das Doppelte verurtheilt[11]. Ist die Kaufsache ohne Schuld des Käufers untergegangen oder demselben abhanden gekommen, so muß der Verkäufer die ihm obliegenden Leistungen machen, ohne seinerseits etwas zu erhalten; im Falle der Schuld des Käufers kann er von demselben Ersatz verlangen[12]. Dagegen hat der Käufer einen Anspruch gegen den Verkäufer nicht, wenn der Grund, weßwegen er die Kaufsache nicht zurückgeben kann, seine freiwillige Entäußerung ist[12a]. — Ist von mehreren zusammen verkauften Sachen Eine fehlerhaft, so erstreckt sich die Pflicht der Rücknahme und Rückgabe auf alle, wenn sie als ein Ganzes verkauft worden sind, oder wenn ihre Trennung nicht füglich geschehen kann[13].

---

[10] L. 23 § 8 l. 29 § 3 l. 58 pr. § 2 D. h. t.

[11] L. 45 D. h. t. Vgl. § 263 Note 11. 15. Ueber die l. 45 cit. vgl. Eck Beitrag zur Lehre von den aedilicischen Klagen, in „Juristische Abhandlungen, Festgabe für G. Beseler" S. 29 fg. nnd die daselbst Citirten. [Dernburg II § 100 zu Note 10.] — Hat der Verkäufer die Sache einmal zurückgenommen, so muß er Alles leisten, was mit der actio redhibitoria von ihm verlangt werden kann, ohne daß er noch darüber streiten dürfte, ob auch wirklich ein Redhibitionsfall vorliege. L. 31 § 17 D. h. t.

[12] L. 31 § 6. 11–15 l. 38 § 3 l. 44 § 2 l. 47 § 1 l. 48 pr. D. h. t. Gesterding Ausbeute S. 48 fg. Zeitschr. S. 34 fg., Hanausek I S. 143, Regelsberger S. 438 unt. Seuff. Arch. XXI. 34.

[12a] L. 43 § 8 D. h. t.: — „non recte redhib*eret* nisi redemptum". S. andererseits l. 47 pr. D. h. t. (der freigelassene Sclave kann nicht zurückerworben werden). Wird die Veräußerung in Kenntniß der Fehlerhaftigkeit vorgenommen, so kann darin möglicherweise ein Verzicht auf die Geltendmachung derselben liegen, so daß auch Rückerwerb die actio redhibitoria nicht zurückgibt. Umgekehrt ist Eck (Note 11) S. 1 fg. der Meinung, daß die actio redhibitoria auch ohne Rückerwerb zustehe, wenn die Veräußerung weder in Verzichtabsicht noch in rechtswidriger Weise vorgenommen worden sei; in l. 47 cit. sieht er eine Besonderheit des Sclavenrechts. [Ebenso Dernburg II § 101 Note 9]. Für die hier vertheidigte Meinung Gesterding Zeitschr. S. 40 fg., Hanausek I S. 146 fg., [II S. 265 fg.], Seuff. Arch. II. 24. 170, VII. 296, X. 149, XVI. 106, XXXII. 122, XXXVII. 302. Die sonstigen Ansprüche aus der Fehlerhaftigkeit der Sache schließt die Entäußerung, wenn nicht ein Verzicht in derselben enthalten ist, nicht aus. Seuff. Arch. III. 27. 28, V. 269, VII. 296, X. 255. — Vgl. auch XVIII. 127, [XLIV. 92. 93].

[13] L. 38 pr. § 12. 14 l. 39. 40 l. 34. 35 l. 59 § 1 D. h. t. L. 35 cit.: — „si separari non possint sine magno incommodo vel ad pietatis rationem offensa(m). Quid enim, si filio retento parentes redhiberi maluer*im* vel contra? Quod et in fratribus et in personas contubernio sibi coniunctas observari oportet". Vgl. über diese Frage Gesterding Ausbeute S. 58 fg. Zeitschr. S. 42 fg.; Sintenis Anm. 118; ferner den Aufsatz von Fick im Arch. für deutsches Wechselr. und Handelsr. VIII Nr. 2 und 4, namentlich S. 129 fg.

Wird nur Eine zurückgegeben, und alle sind um Einen Preis verkauft, so ist der auf sie fallende Theil des Preises in der zuvor bezeichneten Weise (Ziff. 1 a. E.) zu bestimmen[14].

3. Die Ansprüche auf Preisminderung und auf Rücknahme wegen nicht angezeigter Mängel fallen weg bei fiscalischen Verkäufen[15]. Daß der Anspruch auf Rücknahme auch bei Verkäufen unbedeutender Sachen wegfalle, ist herrschende aber unbegründete Lehre[16].

4. Neben dem Anspruch auf Preisminderung und Rücknahme hat der Käufer noch das Recht, von dem Verkäufer zu verlangen, daß derselbe durch ein besonderes Versprechen die Abwesenheit der Mängel, durch welche jene Ansprüche begründet werden, versichere. Leistet der Verkäufer dieses Versprechen nicht, so kann der Käufer, auch wenn sich noch keine Mängel gezeigt haben, binnen zwei Monaten tauglicher Zeit Rücknahme, binnen sechs Monaten sein Interesse verlangen[17].

---

und dazu Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. III S. 305; Göppert über einheitliche, zusammengesetzte und Gesammtsachen S. 68 fg.; Hanausek I S. 180 fg. [Dernburg II § 101 Note 13]; Seuff. Arch. XXXVI. 270 und Citate das. — Ueber den Fall, wo auf der Kauf- oder Verkaufsseite eine Mehrheit von Personen steht, s. l. 31 § 5—10 l. 44 § 1 D. h. t. und vgl. Hanausek I S. 149 fg.

[14] S. Note 1a und die daselbst citirten Stellen.

[15] L. 1 § 3 D. h. t. Vgl. l. 1 § 4. 5 eod.

[16] Sie wird gestützt auf l. 48 § 8 D. h. t. „Simplariarum venditionum causa ne sit redhibitio, in usu est". Aber die simplaria venditio ist die ἁπλῆ πρᾶσις der Basiliken, die ἁπλῆ ὠνή des Syrisch-Römischen Rechtsbuchs (§ 39), und das Letztere definirt die ἁπλῆ ὠνή als Kauf mit der Verabredung, daß die Sache genommen werden müsse wie sie ist, „ob gut oder schlecht". S. den Commentar von Bruns zu dem genannten Rechtsbuch S. 207 fg. Ueber den Ausdruck s. Glück XX S. 45. 46.

[17] L. 28 D. h. t., l. 31 i. f. l. 32 pr. l. 37 § 1 i. f. D. de evict. 21. 2, l. 14 C. eod. 4. 49, Theophil. ad § 2 I. de div. stip. 3. 18. Diese Stellen reden zwar nur von Sclaven und Thieren, aber es ist kein Grund vorhanden, weßwegen gerade die in ihnen enthaltene Bestimmung des aedilicischen Edicts von der allgemeinen Erstreckung desselben auf andere Sachen ausgeschlossen sein sollte. Dagegen finde ich für die gewöhnliche Annahme, daß das aedilicische Edict von dem Verkäufer ein Versprechen des Doppelten verlangt habe, keinen genügenden Beweis in der citirten Stelle, auch in l. 37 § 1 de evict. nicht. Umgekehrt nennt Theophilus das Doppelte bloß beispielsweise, und l. 31 § 20 D. h. t. bezeichnet die stipulatio duplae als „assidua". So jetzt auch Lenel Edictum perpetuum S. 441, Eck in der in Note 11 citirten Schrift S. 33 fg. Immerhin ist das Versprechen für den Käufer nicht ohne Werth, da er durch dasselbe einen Anspruch auf Leistung des vollen Interesse erlangt. Vielfach wird zwar behauptet, daß die Vorschrift antiquirt sei, so z. B. von Sintenis S. 607 in der Anm., Arndts § 304 Anm. 6, Schweppe röm. Privatr. III § 431 a. E., neuestens von Bechmann I S. 399 fg. und von Hanausek I S. 79 fg., [Dernburg II § 107 Note 7]; aber die Rechtfertigung dieser Behauptung würde m. E. den Beweis eines aufhebenden Gewohnheitsrechts voraussetzen. Ohne weitere

5. [18]Die Ansprüche auf Preisminderung und Rücknahme greifen nicht Platz beim Kauf generisch bestimmter Sachen[19]. Bei einem solchen Kaufe muß als stillschweigend vereinbart angesehen werden, daß das zu Liefernde fehlerlos geliefert werden soll[20]; ist also etwas

---

Bemerkung wird die Vorschrift vorgetragen in den Lehrbüchern von Thibaut § 494, Wening-Ingenheim II § 363, Mühlenbruch II § 402, Vangerow S. 330. 331 (7. Aufl. S. 309. 310 (der aber ihre Erstreckung auf andere Sachen als Vieh bestreitet). Uebergangen ist sie in dem Lehrbuch von Seuffert. Ueber den Anspruch auf das Interesse (quanti emtoris intersit, l. 28 cit.), vgl. Bechmann I S. 405 fg., Lenel Edict. perpetuum S. 442 Note 2, Brinz 2. Aufl. II S. 727 Note 54. — Wirklich unanwendbar, als auf römischer Volkssitte beruhend, ist die l. 31 § 20 D. h. t. (vgl. § 391 Note 3).

[18] Vgl. zu dem Folgenden, worüber viel Streit ist: Thöl Handelsr. I § 83 (6. Aufl. § 275); sodann den in Note 13 citirten Aufsatz von Fick, dazu Goldschmidt a. a. O. S. 301 fg., und wieder Fick a. a. O. IX S. 371 fg.; Bekker Jahrb. d. gem. R. V S. 401 fg.; Seuffert 4. Ausg. § 266 a. E.; Vangerow III § 609 Anm. 1 in der 7. Auflage; Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. XIX S. 98 fg.; ders. Handelsr. 2. Aufl. II S. 42 fg.; Brinz 2. Aufl. II S. 731 fg.; Hanausek I S. 113 fg.; Regelsberger S. 438; Bechmann Kauf II S. 333. Bemerkenswerth ist auch ein Erkenntniß des OAG. zu Oldenburg, Arch. für die Praxis des Oldenb. R. VII S. 181—202 (auf welches Seuffert aufmerksam gemacht hat, vgl. jetzt auch Seuff. Arch. XIX. 131). HGB. 346—348.

[19] So Thöl und der ihm folgende Seuffert; a. M. Bekker, Goldschmidt, das Oldenburger Erkenntniß, Vangerow, Fick (dieser mit einer Unterscheidung), Brinz, Dernburg (die beiden Letzten mit Unterscheidung zwischen Kaufvertrag und Erfüllungsleistung), Hanausek (der in allem Wesentlichen Goldschmidt folgt). Fernere Citate bei Goldschmidt XIX S. 99 fg. Für die principielle Zulässigkeit der aedilicischen Ansprüche hat sich auch ein Plenarbeschluß des Reichsoberhandelsgerichts vom 16. Juni 1873 ausgesprochen (Goldschmidt XIX S. 98), ebenso das Reichsgericht, Entscheid. VI S. 190 (= Seuff. Arch. XXXVIII. 16), XII S. 84. Vgl. Seuff. Arch. XXVI. 231, XXVII. 15; ferner das. XXVII. 219.

[20] Diese Annahme ist nicht zu gewagt. — Die Quellen stehen nicht entgegen; sie sprechen von unserem Falle nicht. L. 45 § 1 l. 46 D. de leg. I° 30 handeln nicht von einer Kaufobligation, sondern von Legats- und Stipulations-, also stricti-iuris-Obligationen. Ohne Zweifel von einer Stipulationsobligation handelt auch l. 72 § 5 D. de sol. 46. 3, jedenfalls will diese Stelle nur den abstracten Inhalt des dare darlegen. Und wie wenig die Römer hier die Willensinterpretation selbst bei stricti-iuris-Obligationen auszuschließen gemeint waren, zeigen l. 110 D. de leg. I° 30 und l. 33 § 1 D. de solut. 46. 3. Die Bestimmungen aber, welche die Quellen über den Kauf individuell bestimmter Sachen enthalten, auf den Kauf generisch bestimmter Sachen zu übertragen, erscheint nicht gerechtfertigt. Ohne allen Zweifel gilt beim Kauf individuell bestimmter Sachen die Fehlerhaftigkeit der Sache nach römischem Recht nicht ohne Weiteres als stillschweigend bedungen; aber hier wird eben auch diese bestimmte Sache verkauft. Die Auslegung: diese bestimmte Sache, und zwar als fehlerlose, ist eine viel ferner liegende, als bei dem Kaufe generisch bestimmter Sachen die Auslegung: eine Sache von diesen Merkmalen, und zwar eine fehlerlose Sache von diesen Merkmalen. Gegen die hier vertretene Auffassung: Bekker S. 402, Römer Leistung an Zahlungsstatt S. 119 fg. 130 Anm. 15.

Fehlerhaftes geliefert worden, so ist trotz der Annahme des Käufers, vorausgesetzt daß sie nicht in Kenntniß der Fehlerhaftigkeit erfolgt ist, der Vertrag nicht erfüllt[21], und der Käufer kann anderweitige Lieferung[22], daneben sein Interesse verlangen[23]. Dieses Interesse kann

Festschrift zur vierten Säcularfeier der Universität Tübingen S. 20 fg. 35 fg., Goldschmidt XIX S. 109, Brinz 1. Aufl. S. 731. 732, Hanausek S. 114; für dieselbe Seuff. Arch. XXXIII. 117.

[21] Ist die Annahme in Kenntniß der Fehlerhaftigkeit erfolgt, so liegt eine vom Käufer acceptirte in solutum datio vor. Dagegen bewirkt irrige Annahme nicht, daß Erfüllung sei, was Erfüllung nicht ist. In einer solchen Annahme liegt nichts, als die Erklärung des Käufers, daß er Eigenthümer der dargebotenen Sache zu dem Ende werden wolle, daß dadurch die Schuld des Verkäufers getilgt werde. Wirklich getilgt wird aber die Obligation nicht durch die Annahmeerklärung des Gläubigers, sondern dadurch, daß dieser hat, was er haben soll (oder statt Dessen mit seinem Willen ein Anderes). A. M. Goldschmidt früher XIX S. 116 (für den Fall, wo Fehlerlosigkeit ausdrücklich bedungen ist); gegen denselben Römer Festschrift 2c. S. 21 fg. und jetzt Goldschmidt selbst Handelsr. S. 44 in der Note oben. Bechmann a. a. O. nimmt Nichterfüllung durch Lieferung einer fehlerhaften Sache wegen Mangels einer gesetzlichen Eigenschaft an.

[22] So Thöl, Seuffert, Fick, Vangerow; a. M. Bekker, Goldschmidt, Hanausek, und das Oldenburger Erkenntniß, welches jedoch noch zwischen Annahme und Genehmigung (bez. Disposition über das Gelieferte) unterscheidet. [A. M. auch Dernburg II § 101 Note 22.] Es gibt zwei Wege, um zu dem Satz zu gelangen, daß der Käufer anderweitige Lieferung nicht verlangen könne, und demgemäß auf die aedilicischen Ansprüche beschränkt sei. a) Man leugnet, daß die Fehlerlosigkeit der zu liefernden Sache als stillschweigend vereinbart anzusehen sei. So die in Note 20 Genannten. Diese Schriftsteller geben dem Käufer das Recht, anderweitige Lieferung zu verlangen, nur dann, wenn Fehlerlosigkeit des zu Liefernden ausdrücklich bedungen ist. b) Man behauptet, daß die Parteien durch Geben und Nehmen einen neuen Vertrag des Inhalts abschließen, daß fortan nur dieser bestimmte geleistete Gegenstand als Obligationsobject in Betracht kommen solle. Einen solchen Vertrag nehmen in verschiedener Formulirung das Oldenburger Erkenntniß und Treitschke krit. Jahrb. f. deutsche RW. XIV S. 711 an; dagegen Thöl § 83 Note 18 (§ 275 Note 30). M. E. liegt in dem Geben und Nehmen einer bestimmten Sache allerdings ein Vertrag; der Verkäufer erklärt im Geben, daß der Käufer diese bestimmte Sache zum Zweck der Erfüllung des Kaufvertrages haben solle, und diese Erklärung wird vom Käufer durch das Nehmen acceptirt. Aber dieser Vertrag bindet nur den Verkäufer, nicht den Käufer (Note 21).

[23] a) Möglicherweise ist dem Käufer durch die gelieferte fehlerhafte Sache ein Schaden zugefügt worden; sie hat z. B. Sachen des Käufers verdorben. Er kann Ersatz dieses Schadens verlangen, vorausgesetzt natürlich, daß den Verkäufer in Betreff der Fehlerhaftigkeit der Lieferung eine Schuld trifft. b) Die anderweitige Lieferung kann nicht mehr rechtzeitig beschafft werden; der Käufer kann das Verzugsinteresse fordern. Goldschmidt XIX S. 100 läßt mich dem Käufer „Preiskürzung oder sonstige Interesseforderung" gestatten. Goldschmidt glaubt also, daß in der Gestattung der Interesseforderung die Gestattung der Preiskürzung enthalten sei. Allein diese Annahme ist nicht gerechtfertigt. Allerdings kann der Käufer einer fehlerhaften individuell bestimmten Sache, wenn der

ihn möglicherweise auch berechtigen, eine anderweitige Lieferung nicht mehr anzunehmen[24]; abgesehen hiervon ist anderweitige Lieferung statt der zurückgewiesenen nicht bloß Pflicht, sondern auch Recht des Verkäufers. Das Gelieferte unter Kürzung des Kaufpreises behalten[25] darf der Käufer nur dann[26], wenn er nachweisen kann, daß das Behalten im Interesse des Verkäufers liege[27]. Durch die Billigung des

Verkäufer Abwesenheit der Fehler zugesagt hat, mit der actio emti auf das Interesse auch Preisminderung verlangen; aber hier liegt Unmöglichkeit der Erfüllung vor. Eine solche Unmöglichkeit ist beim Genuskauf nicht vorhanden, und der Käufer eines Genus kann daher bei fehlerhafter Lieferung nicht sein Interesse wegen Nichterfüllung, sondern nur sein Interesse wegen verspäteter Erfüllung und wegen der nachtheiligen Folgen, welche die zum Zweck der Erfüllung vorgenommene Handlung für ihn gehabt hat, verlangen. Ueberdieß ist die actio emti auf Preisminderung ihrem Inhalte nach nicht identisch mit der aedilicischen actio quanti minoris. S. § 393 Note 9, § 394 Ziff. 1. — Seinerseits ist der Käufer zur Sorge für die angenommene oder ihm von auswärts zugeschickte Waare verpflichtet. Thöl § 85 Nr. 2 (§ 277 Nr. II. 2). Seuff. Arch. XIX. 27. HGB. Art. 348 Abs. 1.

[24] S. § 280 Note 1. In diesem Falle ist er in derselben Lage, als wenn die actio redhibitoria für ihn begründet wäre, nur daß es ihm unbenommen bleibt, auch noch sein anderweitiges Interesse geltend zu machen.

[25] Was in gewissem Sinne der actio quanti minoris entspricht; aber auch nur in gewissem Sinne. S. § 393 Note 9, § 394 Ziff. 1.

[26] Ein unbedingtes Recht zum Behalten mit Preiskürzung geben dem Käufer nicht nur diejenigen Schriftsteller, welche ihm die aedilicischen Klagen gewähren (nur diese, wie Bekker, Goldschmidt, Hanausek und das Oldenburger Erkenntniß, oder auch diese, wie Fick und Vangerow), sondern auch Thöl und Seuffert. Thöl (S. 492 [6. Aufl. S. 916]) macht geltend: „der Verkäufer, welcher die gehörige Lieferung durch eine andere surrogirt, darf nicht selbst sein Factum anfechten". Aber er „surrogirt" für den vereinbarten Kaufpreis, nicht für einen niedrigeren. — Das doppelte Recht des Käufers nach seiner Wahl entweder neue Lieferung verlangen, oder die aedilicischen Ansprüche erheben oder auch nur gegen Preisminderung behalten zu dürfen, läßt sich bloß in der Weise rechtfertigen, daß die Berufung auf die stillschweigende Verabredung der Fehlerlosigkeit zwar dem Käufer gestattet wird, nicht aber dem Verkäufer, und das halte ich nicht für zulässig. — Es findet sich auch die Meinung, daß dem Käufer das Recht auf Preisminderung selbst dann zustehe, wenn er das Gelieferte in Kenntniß seiner Fehlerhaftigkeit angenommen habe. So die bei Goldschmidt XIX S. 102 Genannten. Seuff. Arch. XXIV. 303. Daß ich meinerseits bei dem von mir dem Käufer im Folgenden zugestandenen Recht nur einen irrenden Käufer im Sinne habe, würde ich nach dem in Note 21 Gesagten nicht ausdrücklich bemerken, wenn ich nicht mißverstanden worden wäre (Goldschmidt XIX S. 100. 115).

[27] Im Einzelnen: a) er weist nach, daß, wenn er nicht behalten hätte, der Verkäufer einen Schaden erlitten haben würde, gegen welchen er ihn durch das Behalten geschützt hat, „so wenn es sich um Victualien handelt, die dem raschen Verderben ausgesetzt sind (auch nach den örtlichen Verhältnissen nicht auf Rechnung des Verkäufers verkauft werden können)", E. A. Seuffert in Seuffert Pand. § 276 Note 6. b) Er weist nach, daß, wenn er nicht behalten hätte, er selbst einen Schaden erlitten haben würde, welchen der Verkäufer ihm hätte er-

Gelieferten verliert der Käufer nicht seine Rechte wegen der ihm verborgen gebliebenen Fehler[28]; es müßte denn seine Schuld sein, daß sie ihm verborgen geblieben sind[29]. Ebensowenig verliert er seine Rechte durch Annahme ohne Untersuchung[30] oder durch Unterlassung sofortiger Anzeige nach entdecktem Mangel[31].

$\beta\beta$. Sie entbehrt Vorzüge.

§ 395.

Der Verkäufer muß die Kaufsache in derjenigen Güte liefern, welche er ausdrücklich versprochen hat[1], oder welche der Käufer nach den Umständen erwarten durfte, so daß sie als stillschweigend vereinbart angesehen werden muß[2]. Hat die Kaufsache diese Güte nicht,

---

setzen müssen. Es kann nicht von ihm verlangt werden, daß er den Schaden wirklich erleide, und erst dann Ersatz für denselben suche (vgl. § 346 zu Note 6). — Aus dem Gesagten ergibt sich übrigens, daß auch das Maß der dem Käufer gestatteten Preisminderung durch das Interesse des Verkäufers bedingt ist.

[28] Thöl § 85b (§ 280). Billigung (vorausgesetzt natürlich, daß sie in Unkenntniß der Fehlerhaftigkeit erfolgt) ist nichts, als die Abgabe des Urtheils, daß die Leistung fehlerlos und somit vertragsmäßig sei. Dieses Urtheil ist von Einfluß auf die Beweislast (§ 321 Note 6); aber zur Erfüllung zu machen, was nicht Erfüllung ist, vermag es nicht. A. M. das Erkenntniß bei Seuff. Arch. VII. 303.

[29] Wobei ihm auch levis culpa zur Last fällt, Thöl a. a. O. Note 5 (7). Seuff. Arch. II. 92.

[30] Nur kann, wenn die Unterlassung der Untersuchung vor der Annahme schuldvolle Nachlässigkeit war (was sie keineswegs ohne Weiteres ist), der Verkäufer verlangen, daß nicht ein Anspruch gegen ihn erhoben werde, welchem er nicht ausgesetzt gewesen sein würde, wenn der Käufer untersucht hätte. Seuff. Arch. II. 22. 274, V. 119, VII. 295, IX. 88, X. 148, XIV. 130, vgl. V. 131. Eine besondere Auffassung das. IX. 277. Vgl. auch IV. 78, VIII. 39.

[31] Thöl § 84 (§ 278. II). Seuffert § 267 Note 4. Seuff. Arch. VII. 295; anders das. II. 169, IV. 23, VI. 27, XIV. 126, XVII. 23 (dieses letztere Urtheil jedoch mit ausdrücklicher Beschränkung auf den Bereich des Handelsrechts). — Zu dieser und der vorhergehenden Note: HGB. Art. 347. Von auswärts übersendete Waaren soll der Käufer ohne Verzug („so weit dieß nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgang thunlich ist") untersuchen, und er soll von entdeckten Mängeln dem Verkäufer sofort Anzeige machen. „Versäumt er dieß, so gilt die Waare als genehmigt, so weit es sich nicht um Mängel handelt, welche bei der sofortigen Untersuchung nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang nicht erkennbar waren". Seuff. Arch. XXXII. 339.

§ 395. [1] S. die in § 389 Note 13 citirten Stellen, welche sich aber theilweise auf die Versicherung der Abwesenheit von Mängeln beziehen; ferner l. 1 § 1 l. 17 § 20 l. 18 l. 19 § 1 l. 38 § 10 D. h. t. Vgl. § 393 Note 2; auch Seuff. Arch. I. 38, II. 23, XVII. 129, vgl. XVIII. 235, XXVII. 216. Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 248—249. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1866 S. 352 fg. Fein Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegation S. 10 fg.

[2] Hierher gehört namentlich der Fall, wo die äußere Erscheinung der Sache den Käufer zu der Annahme berechtigte, daß sie eine gewisse werthsteigernde

so kann der Käufer sein Interesse verlangen[3]; beim Mangel ausdrücklich zugesagter Eigenschaften hat er auch die aedilicischen Ansprüche[4]. Kaufverträge über generisch bestimmte Sachen sind nicht erfüllt, wenn das Gelieferte nicht die ausdrücklich oder stillschweigend zugesagte Güte hat; es gelten hier die gleichen Grundsätze, wie wenn das Gelieferte fehlerhaft ist (§ 394 Ziff. 5).

Eine besondere in diesen Zusammenhang gehörige Bestimmung ist, daß, wenn ein Thier zum Zweck des Verkaufs durch Zierrathen aufgeputzt worden ist, diese mit herausgegeben werden müssen; geschieht es nicht, so kann der Käufer nach seiner Wahl entweder Herausgabe der Zierrathen oder Rücknahme des Thieres verlangen, muß jedoch den einen oder den andern Anspruch binnen zwei Monaten geltend machen[5].

d. Recht des Rücktritts.

§ 396.

Das Recht von dem Kaufvertrage zurückzutreten, kann vertragsmäßig begründet sein (§ 323). Ein gesetzliches Rücktrittsrecht hat: 1) der Käufer bei Mangelhaftigkeit der Sache oder wenn sie die zugesagten Eigenschaften nicht hat (§ 393. 394. 395); 2)[1] der Ver-

Eigenschaft habe: — „veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt" (l. 21 § 2 D. de A. E. V. 19. 1). Diese Worte von einer ausdrücklichen Zusage der betreffenden Eigenschaft des Tisches zu verstehen, erlaubt der übrige Inhalt der Stelle nicht. Zweifelhafter ist es, ob nicht in l. 45 D. de contr. emt. 18. 1 (es werden alte aufgeputzte Kleider statt neuer verkauft) eine ausdrückliche Zusage des Verkäufers anzunehmen ist. Doch werden durch diese Annahme die Schwierigkeiten der Stelle nicht vermindert. Vgl. über diese Stellen Savigny System III S. 285—290, Vangerow III S. 282—286 (7. Aufl. S. 265—268), Windscheid Voraussetzung S. 116—119 und Heidelberger krit. Zeitschrift II S. 122—125, Mommsen Beiträge I S. 203 fg. II S. 280 fg. III S. 411 fg. Erörterungen II S. 33, Cohnfeld Lehre vom Interesse S. 179 fg. 185 fg., Pernice Labeo II S. 324, Leonhard Irrthum S. 464 fg., Puntschart die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Privatr. S. 175 fg. — HGB. Art. 335. „Ist im Vertrage über die Beschaffenheit und Güte der Waare nichts Näheres bestimmt, so hat der Verpflichtete Handelsgut mittlerer Art und Güte zu gewähren". Goldschmidt Handelsr. 2. Aufl. II S. 36 fg., Hanausek I S. 68 fg. Vgl. auch Seuff. Arch. III. 26, V. 153, XVI. 104.

[3] S. die in § 389 Note 13 citirten Stellen; ferner l. 45 D. de contr. emt. 18. 1, l. 21 § 2 D. de A. E. V. 19. 1. Seuff. Arch. XVI. 105.

[4] L. 1 § 1 l. 18 pr. l. 33 § 10 D. h. t. Nicht auch bei zugesicherter Servitutenfreiheit. Seuff. Arch. XXV. 206, XXXI. 25.

[5] L. 38 pr. § 11 D. h. t. Abweichende Auffassungen bei Neustetel S. 201 fg. und bei Keller S. 132 fg. 152 in der Note; dagegen Vangerow S. 329 (7. Aufl. S. 308). [Dernburg II § 100 Note 8.]

[1] v. Vatz Abhandlungen Nr. 14 und 15. Strippelmann Entscheidungen II S. 266 fg. v. Madai theoretisch praktische Erörterungen I Heft 2 Nr. 5. § 396.

käufer, wenn er weniger als die Hälfte des wahren Werthes[1a] für seine Sache empfangen hat[2]. Es steht jedoch dem Käufer frei, durch Nachzahlung bis zum Betrage des wahren Werthes den Vertrag aufrecht zu erhalten[3]. Wählt der Käufer diesen Weg nicht, so erhält der Verkäufer gegen Rückzahlung des Kaufpreises seine Sache zurück[4]; in Betreff des Näheren muß die Analogie der Bestimmungen über Rückgabe wegen Fehlerhaftigkeit (§ 394 Ziff. 2) entscheiden[5]. Dadurch, daß der Verkäufer den Mehrwerth der Sache gekannt hat, wird an und für sich sein Rücktrittsrecht nicht ausgeschlossen[6]; anders

Glück XVII S. 19—125; Unterholzner II S. 245 fg., Sintenis II S. 635 fg., Vangerow III § 611 Anm., Seuffert § 272, Wächter II § 207, Goldschmidt Handelsr. I S. 596 fg. 2. Aufl. II S. 115 fg.

[1a] Vgl. Seuff. Arch. XXIII. 218, [XLV. 83].

[2] S. g. laesio enormis. Es liegt in der Natur des Kaufvertrags, daß jeder Contrahent seinen Vortheil sucht, — „naturaliter licere contrahentibus se circumvenire", l. 16 § 4 D. de minor. 4. 4; s. noch l. 22 § 3 l. 23 D. loc. 19. 2, l. 8 C. de resc. vend. 4. 44. Nov. 97 c. 1. Seuff. Arch. II. 104. Aber hat die Uebervortheilung des einen Contrahenten durch den andern nicht ihre Grenze, wo sie auch abgesehen von dem Falle des Betrugs aufhört erlaubt zu sein? Eine solche Grenze haben zu Gunsten des Verkäufers die Kaiser Diocletian und Maximian gesetzt, l. 2 C. de resc. vend. 4. 44, wiederholt l. 8 C. eod.; s. auch l. 3. 4. 12. 15 eod., c. 3. 6. X. de emt. et vend. 3. 17. Man hat gefragt: 1) ob die kaiserliche Vorschrift nicht auf Grundstücke beschränkt sei? S. dagegen l. 2 cit. init. „Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxerit . .". Vgl. Zachariae v. Lingenthal Zeitschr. der Sav.-Stift. IV S. 49 fg. (Byzantinisches Recht). 2) Ob sie nicht ihrem wahren Sinne nach auf den Käufer, und ebenso auf alle anderen gegenseitigen Verträge zu erstrecken sei? Dafür aus der neueren Zeit namentlich Chambon Beiträge zum Obligationenrecht S. 111 fg.; Literaturübersicht bei demselben und bei Vangerow a. a. O. unter Nr. 1, s. noch Brinz S. 499, Keller § 333. M. E. liegt für eine ausdehnende Erklärung kein Anhalt vor; dawider spricht, daß auch in allen anderen Constitutionen, welche die Diocletianische Vorschrift erwähnen oder berücksichtigen, nur vom Verkäufer die Rede ist (l. 4. 12. 15 C. h. t.), so wie die Ignorirung derselben im Theodosianischen Codex (l. 1. 4. 7 C. Th. de contr. emt. 3. 1).

[3] L. 2 cit.: — „vel, si emtor elegerit, quod deest iusto pretio recipias". Der Käufer hat das Recht, durch Nachzahlung der Verpflichtung zur Rückgabe der Sache zu entgehen (s. g. facultas alternativa); aber er hat nicht die Verpflichtung, entweder die Sache zurückzugeben, oder nachzuzahlen (alternative Obligation). Geht daher die Sache ohne seine Schuld (Arglist) unter, so haftet er auf gar nichts.

[4] L. 2 cit.: — „ut vel pretium te restituente emtoribus fundum venditum recipias . . vel . ." (Note 3). Stirbt der Verkäufer mit Hinterlassung mehrerer Erben, so kann nicht jeder derselben Rückgabe für seinen Antheil fordern; das Recht des Verkäufers ist untheilbar. Seuff. Arch. XII. 139.

[5] Vgl. Vangerow Nr. IV, Sintenis Anm. 219, Seuffert S. 101.

[6] Dieß ist bestritten; aber der Wortlaut der kaiserlichen Constitution bietet für eine beschränkende Auslegung keinen Anhalt, und Veranlassung zur Hülfe ist beim Verkauf aus Noth nicht minder, als beim Verkauf aus Irrthum.

nur, wenn nach Lage der Umstände der Wille, auf den Mehrwerth zu verzichten, anzunehmen ist[7]. Die Vorschrift ist unanwendbar bei Sachen, die keinen festen Werth haben[8], und bei gewagten Geschäften[9]. — Eine sehr allgemeine Praxis gibt auch dem Käufer ein Rücktrittsrecht wegen Verletzung über die Hälfte, ja dehnt dieses Recht auf alle gegenseitigen Verträge aus[10].[11]

e. Besondere Kaufgegenstände.

§ 397.

Die im Vorstehenden entwickelten Grundsätze greifen im Allgemeinen auch beim Verkaufe von Rechten Platz. Namentlich gilt auch hier der Grundsatz, daß der Verkäufer nicht in Anspruch genommen

Vangerow Nr. VI, Sintenis Anm. 223; Stobbe III S. 252.] Vgl. Seuff. Arch. III. 160, VI. 170, XIV. 218, XXVIII. 212.

[7] Welchem Willen nicht bloß Schenkungsabsicht zu Grunde liegen kann, Seuff. Arch. IV. 213 Nr. 2. „(Die Verletzungsklage) findet nicht statt, wenn der Käufer mit Rücksicht auf die Erreichung eines anderen Zweckes, z. B. um den Verkäufer zu einer Handlung zu bestimmen, zu theuer gekauft hat". Das. XIII. 312. Vgl. XXIX. 118. Entsch. des OAG. zu Rostock IX S. 86. — Verzicht ohne Kenntniß des Mehrwerths: Seuff. Arch. II. 356, IV. 213 Nr. 8, VIII. 243, XI. 30.

[8] Seuff. Arch. IV. 28. 213 Note 1, VI. 23, VII. 306, X. 245, XII. 138, XXVI. 119. Entsch. des OAG. zu Rostock IX S. 84. Vgl. Seuff. Arch. IX. 143. Stobbe III S. 253.

[9] Seuff. Arch. II. 292, IV. 105. 213 Nr. 3. 7, XIII. 148, XVII. 231. 232, XIX. 133, XXII. 30, XXIII. 218, XXVIII. 121, XXXVIII. 221 (RG.). Vgl. III. 317. — Ist die Vorschrift unanwendbar auch bei Versteigerungen? Dafür Seuff. Arch. IV. 213 Nr. 4, IX. 17, XXX. 240; dawider VI. 323, XIII. 244, XX. 120, XXXVII. 203 (RG.). Regelsberger civilr. Erörterungen I S. 160, Stobbe III S. 253. — Bei Handelsgeschäften ist sie durch HGB. Art. 286 ausgeschlossen. Vgl. Thöl I § 64 Note 20 (6. Aufl. § 252 Note 30. 31), Goldschmidt I § 64 Note 52 (2. Aufl. II § 64b Note 6). Seuff. Arch. I. 47.

[10] Auf Grund der in Note 2 bezeichneten ausdehnenden Auslegung. Glück XVII S. 32. 122, Sintenis Anm. 218, Vangerow Nr. I a. E. Für Ausdehnung auf den Käufer: Seuff. Arch. I. 45, II. 275, III. 160, IV. 212. 213, VI. 322, VII. 296, XIX. 28, XXIX. 118, XXX. 240, XXXVII. 203 (RG.), XXXVIII. 221 (RG.); für Ausdehnung auf andere gegenseitige Verträge: das. I. 262, IV. 213, XI. 30, XIII. 148, XVII. 232, XIX. 29. 133, XXIII. 218, XXIV. 233, XXVII. 220. Vgl. Stobbe III S. 251. 255.

[11] Ist nicht ein Rücktrittsrecht für den Käufer auch im Falle mehrfachen Verkaufs derselben Sache begründet, schlechthin oder doch wenn beiden Käufern tradirt ist? So Martinius in der § 390 Note 17 z. E. citirten Dissertation S. 15 fg., auf Grund von l. 15 C. de R. V. 3. 32, in welcher Stelle aber unter dem „recipere pretium" ein recipere vom andern Käufer, nicht vom Verkäufer, zu verstehen ist. (Der Anfragende hatte auch danach gefragt, ob er nicht besser thue, die Sache dem Gegner gegen den von ihm angebotenen Ersatz des Kaufgeldes herauszugeben.)

werden kann auf Grund bloßer Nichtverschaffung des Rechts, sondern erst dann, wenn dem Käufer wegen Nichtverschaffung des Rechts Etwas entgeht, was er bei Verschaffung des Rechts gehabt haben würde[1]. Dagegen finden hier keine Anwendung die Regeln über Verhaftung wegen nicht angezeigter Mängel: dieselben sind nur auf körperliche Sachen berechnet[2]. Im Besonderen ist anerkannt, daß der Verkäufer einer Forderung für die Güte, d. h. für die factische Realisirbarkeit derselben, nur dann haftet, wenn er die Garantie dafür übernommen oder wenn er arglistigerweise eine schlechte Forderung verkauft hat[3].

Wird ein Vermögen oder ein Bruchtheil eines Vermögens verkauft, so bildet den juristischen Gegenstand des Kaufs nicht das Vermögen als solches; der Kauf löst sich auf in eine Reihe einzelner Käufe, und es gelten die entsprechenden Grundsätze, wie bei der Schenkung eines Vermögens (§ 368)[4].

2. Der Tausch*.

§ 398.

Der Tausch unterscheidet sich von dem Kaufe dadurch, daß in demselben nicht eine Sache gegen Geld, sondern eine Sache gegen eine

---

§ 397. [1] L. 10 l. 46 § 1 D. de evict. 21. 2. L. 47 § 1 cit. „Si per alienum fundum mihi viam constitueris, evictionis nomine te obligari ait". Bei dem Kaufe einer Forderung stellt sich das so, daß der Verkäufer erst dann haftet, wenn der Käufer nicht im Stande ist, von dem Schuldner (dem als Schuldner Bezeichneten) Leistung zu erlangen. In diesem Sinne sind zu verstehen l. 4. 5 D. de H. v. A. V. 18. 4, l. 74 § 3 D. de evict. 21. 2. A. M. die Erkenntnisse bei Seuff. Arch. XVI. 204 [XXXII. 184], XXXIII. 218, [und für den Fall der Nichtigkeit der Forderung Schliemann Haftung des Cedenten S. 68. 72, Attenhofer Zeitschr. f. Schweiz. R. N. F. IX S. 304 fg.]. Vgl. § 315 Note 4. Auch Entscheid. d. RG. X S. 170. [Haftung wegen Nichtfälligkeit der cedirten Forderung? Attenhofer a. a. O. S. 287 fg.]

[2] Vgl. Schliemann Haftung des Cedenten S. 130 fg. Seuff. Arch. XXXV. 115.

[3] L. 4 D. de H. v. A. V. 18. 4, l. 74 § 3 D. de evict. 21. 2. Schliemann a. a. O. S. 75. 108 fg. Vgl. § 336 Note 3. Seuff. Arch. XXVI. 124. — Verkauf einer Actie, die als entwendet aufgeboten ist: Seuff. Arch. XVI. 115.

[4] Die Quellen sprechen namentlich von dem Verkaufe einer Erbschaft (Dig. 18. 4 Cod. 4. 39 de hereditate vel actione vendita); außerdem von dem Verkauf eines Peculium, z. B. l. 33 D. de aed. ed. 21. 1, l. 5 D. de evict. 21. 2. Im Einzelnen: s.: a) l. 14 § 1 D. l. 6 C. tit. cit.; b) l. 5 C. eod.; c) l. 2 C. eod., dazu aber auch l. 1 C. eod. und § 338; d) l. ult. D. de transact. 2. 15 (§ 331 Note 8). Unterholzner II S. 287—291. Vgl. in diesem Lehrbuch III § 621.

* Dig. 19. 4 de rerum permutatione. Cod. 4. 64 de rerum permutatione et praescriptis verbis. — Glück XVII S. 76—128; Unterholzner II § 486, Sintenis II § 115.

Sache hingegeben wird[1]. Die Verpflichtungen, welche aus dem Tausche entstehen, unterliegen, wie die aus dem Kaufe, dem freien richterlichen Ermessen[2]. Auch im Einzelnen haben sie zum größten Theil den gleichen Inhalt, wie die aus dem Kaufe, und namentlich finden die Bestimmungen wegen Mängel und fehlender Vorzüge auf den Tausch Anwendung[3]; nur der Unterschied besteht, daß beim Tausch jeder der Contrahenten verpflichtet ist, dem Andern Eigenthum zu verschaffen, und daher nicht erst dann haftet, wenn dem anderen Contrahenten wegen nicht verschafften Eigenthums etwas entgeht[4].

3. Die Miethe*.

a. Begriff und Abschluß.

§ 399.

Die Miethe ist gerichtet auf den Umsatz von Gebrauch gegen Geld. Der Vermiether sagt dem Miether den Gebrauch einer Sache[1], oder den Gebrauch einer (regelmäßig seiner[2]) Arbeitskraft zu, der

[1] Stellen § 385 Note 9. Vgl. Seuff. Arch. XXVII. 22. § 398.

[2] L. 2 C. h. t.

[3] L. 19 § 5 D. de aed. ed. 21. 1, l. 2 D. h. t. Ueber die Berechnung des Minderwerths s. Bähr Arch. f. prakt. RW. VII S. 70 fg.

[4] L. 1 § 3 vgl. pr. D. h. t., l. 16 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. Diese Bestimmung hält für heutzutage unanwendbar v. d. Pfordten Abhandlungen S. 294 vgl. S. 248 fg. Ebenso Bechmann Kauf II S. 176. Auch Arndts § 308 erwähnt ihrer nicht. Lenel Jahrb. f. Dogm. XIX S. 179 fg. ist der Ansicht, daß auch nach römischem Recht der Empfänger einen Anspruch nur im Fall der Eviction habe. — Nach römischem Recht bestand ein noch viel wichtigerer Unterschied zwischen Kauf und Tausch darin, daß letzterer nicht Consensualcontract war, folglich eine Verpflichtung nicht aus der Tauschberedung als solcher, sondern erst aus dem durch Geben und Nehmen neu abgeschlossenen (Real-) Vertrag entstand (l. 1 § 2 D. l. 3 C. h. t.), weßwegen der Gebende bei ausbleibender Gegenleistung, oder auch nach freier Willkür (§ 321 Note 11), das Gegebene zurückfordern konnte, l. 1. 4. 5. 7 C. h. t., l. 16 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. — Ueber die Zulässigkeit des Rücktritts wegen Verletzung über die Hälfte s. § 396 Note 2 und 10.

* Inst. 3. 24 de locatione et conductione. Dig. 19. 2 locati conducti. Cod. 4. 65 de locato et conducto. — Kritz Pandektenrecht Th. I Bd. 1 S. 191—384 (1837). Glück XVII S. 264—500. XVIII S. 1—60; Unterholzner II S. 316—358, Sintenis II § 118, Brinz 2. Aufl. II § 330—333. — Der Aufsatz von Degenkolb in: Platzrecht und Miethe (1867) S. 127—222 ist vorwiegend rechtshistorischer Natur. — [Heuberger die Sachmiethe nach dem Schweiz. Obligationenrecht mit Berücksichtigung des gem. R. Zürich 1889.]

[1] Der Ausdruck Gebrauch wird hier in weiterem Sinne genommen, so daß er den Fruchtgenuß mit umfaßt. § 399.

[2] Die Vermiethung der Dienste eines Fremden setzt die Befugniß voraus, über die Dienste desselben zu Gunsten Anderer zu verfügen. Aus den Quellen gehört hierher die locatio operarum liberti (l. 25 D. de op. lib. 38. 1), während

Miether verspricht dafür dem Vermiether Geld. Die Römer bezeichnen die Miethe, wie den Kauf, gewöhnlich von ihren beiden Seiten[3]. Heutzutage spricht man im Leben in gewissen Fällen von Pacht[4]; der Ausdruck Miethe im juristischen Sinne umfaßt auch die Pacht. Die Miethe, welche den Gebrauch einer Sache zum Gegenstand hat, heißt Sachmiethe; die Miethe, welche den Gebrauch einer Arbeitskraft zum Gegenstand hat, heißt Dienstmiethe[5]. Ein besonderer Fall der Dienstmiethe ist der, wo der Vertrag nicht sowohl auf die Dienste als solche, als vielmehr auf das durch dieselben herzustellende Arbeitsresultat gerichtet ist[6]. Diesen besonderen Fall bezeichnen die Ausdrücke Werkverdingung (oder auch Verdingung schlechthin), Werkvertrag[7]. — Die Sache, welche vermiethet wird, kann eine bewegliche oder unbewegliche, eine körperliche oder unkörperliche[8], eine eigene oder fremde[9]

---

die Römer in der Vermiethung der Dienste eines Sclaven eine Vermiethung des Sclaven selbst sehen. Vgl. Seuff. Arch. XI. 238.

[3] Locatio et conductio. Locare heißt vermiethen, conducere miethen. Vgl. übrigens l. 20 D. de A. E. V. 19. 1, und z. B. l. 1 § 1 D. de superf. 43. 18, l. 2 pr. D. de adm. rer. 50. 8. [Ueber den Zusammenhang dieser technischen Bedeutung der beiden Ausdrücke mit ihrem unmittelbaren Wortsinn s. neuestens Burckhardt zur Geschichte der loc. cond. S. 26 fg. (1889).]

[4] Namentlich wenn ein fruchttragendes Grundstück den Gegenstand des Vertrages bildet. Auch bei Gefällen, Gewerbrechten u. dgl. wird die Bezeichnung gebraucht. Vgl. Stobbe III S. 256, Dernburg Preuß. Privatr. II § 166 z. A. („Gewinnung von Früchten oder sonstigem Einkommen"). Die Römer unterscheiden im Ausdruck zwar nicht Pacht und Miethe, wohl aber den Pächter eines fruchttragenden Grundstücks als colonus und den Miether eines Hauses als inquilinus (habitator, insularius).

[5] Locatio conductio rei, operarum. Dankwardt Jahrb. f. Dogm. XIV S. 228—283.

[6] Z. B. es soll mir der Holzhauer mein Holz zerkleinern, der Schneider mir aus einem ihm übergebenen Stück Tuch ein Kleid herstellen, der Maurer mir ein Bauwerk errichten, der Frachtfuhrmann, die Eisenbahn mir Waaren transportiren. Vgl. l. 9 § 5 l. 11 § 3 l. 13 § 1—6 l. 19 § 7 l. 22 § 2 l. 25 § 7 l. 30 § 3 l. 51 § 1 l. 59. 62 D. h. t. Seuff. Arch. X. 256, XVIII. 33, [XLII. 29].

[7] Die Römer sagen locatio conductio operis, so aber, daß locare das Verdingen bezeichnet, also locator derjenige ist, welcher sich die Arbeit versprechen läßt, während conductor der Arbeitende ist. Vgl. jedoch auch l. 22 § 2 D. h. t. „Cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen locatio est: locat enim artifex operam suam, i. e. faciendi necessitatem". Vermuthung darüber, wie sich dieser Sprachgebrauch entwickelt habe, bei Bechmann Kauf I S. 430 fg., Brinz § 330 Note 4 und den das. Genannten. [Dernburg II § 110 a. E.] Eine besondere Abhandlung über die locatio conductio operis ist die von Dankwardt Jahrb. f. Dogm. XIII S. 299—380 (1874, vgl. § 401 Note 3a). Seuff. Arch. XXVII. 224, XXVIII. 28, XXXIII. 297.

[8] So kann namentlich vermiethet werden: der Nießbrauch (l. 12 § 2 l. 38 D. de usufr. 7. 1), das Wohnungsrecht (l. 13 C. de usufr. 3. 33), die Emphyteusis und die Superficies, eine Grunddienstbarkeit (mit dem herrschenden Grundstück,

sein, auch eine eigene Sache des Miethers, wenn sie eben als solche vermiethet wird[10]. Auch daß eine Sache im Verkehr gewöhnlich als verbrauchbare in Betracht kommt, thut der Möglichkeit ihrer Vermiethung keinen Eintrag, wenn sie nur neben ihrem bestimmungsgemäßen Gebrauch noch einen andern zuläßt, durch welchen sie nicht aufgebraucht wird[11]. — Besteht die Gegenleistung des Miethers in etwas Anderem als Geld, so spricht man nicht von Miethe[12]. Eine Ausnahme bildet nur die Pacht eines fruchttragenden Grundstücks; hier kann die Gegenleistung auch in einer Quote der Früchte bestehen[13].

Für den Abschluß des Miethvertrages gelten die gleichen Grundsätze, wie für den Abschluß des Kaufvertrages (§ 386. 387). Der Miethvertrag ist abgeschlossen, sobald die Parteien über die wesentlichen Punkte desselben, Miethsache und Miethgeld, einig geworden sind; es müßte denn über andere Punkte vorher verhandelt worden und darüber Uneinigkeit geblieben, oder die Vereinbarung über andere Punkte vorbehalten worden sein[14].[15]

Seuff. Arch. XIV. 12), das Recht auf eine periodische Leistung (z. B. ein Zehntrecht), ein Gewerbeprivilegium. In den Quellen ist auch viel von der Verpachtung öffentlicher Gefälle (vectigalia) die Rede, vgl. z. B. l. 16 D. de V. S. 50. 16; tit. D. de . . vectigalibus et commissis 39. 4. Verpachtung „eines Geschäfts": Seuff. Arch. XVI. 213. Dernburg Preuß. Privatr. II § 167a.

[9] So z. B. l. 7 l. 9 pr. § 6 D. h. t.

[10] L. 29 pr. D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 35 § 1 l. 37 D. de pign. act. 13. 7, l. 37 l. 28 D. de A. v. A. P. 41. 2. Miethet dagegen Jemand eine eigene Sache in dem Glauben, es sei eine fremde, so ist der Vertrag ungültig, l. 20. 23 C. h. t., l. 15 D. dep. 16. 3, l. 21 D. de usurp. 41. 3, l. 45 pr. D. de R. I. 50. 17. Ebenso wird der Miethvertrag hinterher ungültig, wenn der Miether das Eigenthum der gemietheten Sache erwirbt, l. 9 § 6 D. h. t. S. aber auch § 400 Note 18. Dem Eigenthume steht der Nießbrauch gleich: Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock VII Nr. 59.

[11] Arg. l. 3 § 6 l. 4 D. commod. 13. 6 (§ 374 Note 3).

[12] L. 5 § 2 D. de praescr. verb. 19. 5, § 2 I. h. t.

[13] L. 25 § 6 D. l. 8. 21 C. h. t. Vgl. übrigens Gesterding Ausbeute IV. 1 S. 141 fg., Sintenis Anm. 4. Die neueste (gründliche) Arbeit über diese Art der Pacht ist: M. Waaser die colonia partiaria des röm. R., Berliner Preisschrift 1885 (Inhalt: die Verpachtung für eine pars quota der zu erzielenden Früchte [im Gegensatz der Verpachtung für eine pars quanta] sei Gesellschaft). [Dagegen Dernburg II § 111 Note 4.]

[14] L. 1 l. 2 pr. D. h. t., l. 24 C. h. t. Im Einzelnen s.: a) l. 25 pr. D. h. t. (vgl. § 386 Note 5a, Seuff. Arch. XVII. 31); b) § 1 I. h. t., l. 22 pr. D. de praescr. verb. 19. 5 (Miethvertrag ohne ausdrückliche Ausmachung des Miethpreises, vgl. § 386 Note 5e, Pfeiffer prakt. Ausführungen VII S. 151 fg., Schäffer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VII S. 1 fg., Holzschuher III § 303 Nr. 1, Seuff. Arch. IV. 216, VIII. 259, XII. 154, XXI. 46. 47. 48. 49, XXIV. 193, XXXII. 226 [s. auch I. 354, VIII. 59, IX. 174, XV. 135]); c) l. 46 l. 20 § 1 D. h. t., l. 10 § 2 D. de A. v. A. P. 41. 2; d) l. 20 pr. D. h. t. Vgl. noch Seuff. Arch. XXXIII. 209.

b. Verpflichtungen.

α. Die Sachmiethe.

§ 400.

Die Verpflichtungen aus dem Miethvertrage stehen unter freiem richterlichen Ermessen[1]. Die Hauptpunkte sind, was zunächst die Sachmiethe angeht, folgende.

1. Der Vermiether muß dem Miether den Gebrauch der vermietheten Sache mit ihren Zubehörungen[2] gewähren[3]. Ist er dazu nicht im Stande, weil er eine Sache vermiethet hat, an welcher ihm nicht das gehörige Recht zusteht, so haftet er dem Miether auf das Interesse, in gleicher Weise wie bei jeder anderen ursprünglichen, bloß subjectiven Unmöglichkeit (§ 264. 315)[4]. Tritt die Unmöglichkeit der Gewährung hinterher ein, so haftet der Vermiether auf das Interesse, wenn er an der Unmöglichkeit Schuld ist; sonst ist er frei, bekommt aber auch kein Miethgeld[5]. Schuld ist nicht bloß Arglist, sondern auch jede Nachlässigkeit[6]. Ein besonderer Fall der Schuld ist der, wo der Vermiether sich selbst durch eine Veräußerung in die Unmöglichkeit versetzt, den Gebrauch der Sache zu gewähren[7]. Zur Gewährung des

---

[15] Das römische Recht verbietet Pachtungen den Decurionen (l. 30 C. h. t.), den Soldaten (l. 31. 35 C. h. t., l. 50 D. h. t.), den Geistlichen (Nov. 123 c. 6); den Beamten des kaiserlichen Kronvermögens Pachtungen von Ländereien, welche zu diesem Kronvermögen gehören (l. un. C. quib. ad cond. praed. fisc. 11. 73 [72]). Dieß sind Sätze des römischen Verwaltungsrechts, welche auf heutige Anwendbarkeit keinen Anspruch machen können. Außerdem sind Vormündern vor abgelegter Vormundschaftsrechnung fiscalische Pachtungen bei Strafe der Fälschung verboten, l. 49 pr. § 1 D. h. t., l. un. C. ne tut. vel cur. 5. 41. Vgl. überhaupt Glück XVII S. 297 fg.

§ 400. [1] Die actio locati (die actio des Vermiethers) und die actio conducti (die actio des Miethers) sind actiones bonae fidei, § 28 I. de act. 4. 6, l. 17 C. h. t.

[2] L. 19 § 2 D. h. t.

[3] Er muß ihm uti frui licere praestare. S. z. B. l. 15 § 1 l. 24 § 4 D. h. t. Vgl. Seuff. Arch. IV. 34, XVIII. 238, XXVII. 121.

[4] L. 7. 8 l. 6 pr. § 1 l. 15 § 8 l. 35 pr. D. h. t. Unterholzner S. 333 Note f, Bekker Jahrb. d. gem. R. VI S. 316—320. In Betreff des in l. 9 pr. cit. vorkommenden Ausdrucks evictio vgl. § 392 Note 3. Müller Lehre von der Eviction S. 123 fg. Bekker a. a. O. S. 243 fg. Seuff. Arch. XII. 235.

[5] L. 9 § 3. 4 l. 19 § 6 l. 30 pr. § 1 l. 33. 34. 35 pr. l. 60 pr. D. h. t., l. 12 C. h. t.; l. 27 pr. D. h. t.; l. 9 § 2 l. 55 pr. D. h. t. Vgl. § 321 Note 16. Seuff. Arch. VI. 188, VIII. 252, XIV. 227, XV. 221, XXIII. 124, XXXIX. 101. Vgl. XXI. 45 (keine Verpflichtung zur Wiederherstellung des abgebrannten vermietheten Gebäudes).

[6] L. 5 § 2 D. commod. 13. 6, l. 23 D. de R. I. 50. 17, l. 28 C. h. t. Vgl. übrigens auch Pernice Labeo II S. 326 fg.

[7] Hierüber bemerke man Folgendes. a) Der Erwerber treibt den Miether kraft seines dinglichen Rechts aus, l. 25 § 1 l. 32 D. l. 9 C. h. t., l. 59 § 1

Gebrauchs gehört auch, daß die Sache in gutem Zustand erhalten werde[8]. — Hat die vermiethete Sache einen den Gebrauch beeinträchtigenden Fehler, so haftet der Vermiether dem Miether auf das

---

D. de usufr. 7. 1, l. 120 § 2 D. de leg. I° 30. Dieß ist der wahre Sinn der Rechtsparömie: Kauf bricht Miethe. (Der Erwerber ist dabei auch an keine Kündigungsfrist gebunden. Anders Seuff. Arch. VIII. 42.) b) Dagegen wird durch die Veräußerung das Miethverhältniß nicht aufgelöst, weder zu Gunsten des Vermiethers, welcher jetzt dem Miether Schadensersatz leisten muß (l. 25 § 1 l. 32 D. h. t., l. 120 § 2 D. de leg. I° 30), noch zu Gunsten des Miethers, welcher nach wie vor Miethgeld zahlen muß, wenn der Vermiether ihm, etwa in Folge einer Vereinbarung mit dem Erwerber (l. 25 § 1 l. 58 pr. D. l. 9 C. h. t., vgl. l. 50 D. de I. F. 49. 14), den Gebrauch der Sache trotz der Veräußerung gewährt (über l. 32 D. h. t. s. § 361 Note 3). c) Der Schaden, welchen der Miether dadurch erleidet, daß der Erwerber ihm die Sache nimmt, ist oft schwer nachzuweisen; überdieß sind, namentlich bei der Hausmiethe, die Interessen, welche dadurch gekränkt werden, nicht immer bloß Vermögensinteressen. Kann dem Miether nicht in anderer Weise geholfen werden? α) Ist die ganze Sache vermiethet, so kann der Vermiether die zur Veräußerung erforderliche Tradition (wenn sie erforderlich ist) gegen den Willen des Miethers nicht beschaffen. Er kann den Erwerber durch constitutum possessorium zum Besitzer machen, l. 30 § 6 de A. v. A. P. 41. 2; aber diese Besitzesverschaffung reicht nach I § 155 Note 8c zur Eigenthumsverschaffung nicht hin. Freilich ist dieß bestritten (s. a. a. O.), und anders auch frühere Auflagen. Dagegen macht sich der Miether durch Nichtzulassung des Erwerbers einer Besitzesstörung schuldig und begründet gegen sich das int. uti possidetis, l. 3 § 3 D. uti poss. 43. 17. (L. 12 und l. 18 D. de vi 43. 16 gehören nicht hierher, sie handeln von dem Falle, wo der Miether die Sache nicht kraft seines Miethrechts retiniren, sondern als eigene besitzen will. Deßwegen darf man auch nicht, wie auch ich in der ersten Auflage gethan habe, einen Schutz des Miethers gegen die possessorische Klage des Vermiethers aus den Schlußworten der l. 12 cit., „nisi forte propter iustam et probabilem causam id fecisset" herleiten wollen. Diese wollen eben nur sagen, daß in der Retention auf Grund des Miethvertrags keine Besitzentsetzung liege, vgl. l. 20 D. de A. v. A. P. 41. 2. [Ihering Besitzwille S. 440 sucht in dem hier Gesagten einen Widerspruch; mir ist er „unerfindlich".]) Wenn aber aus der eigenen Erklärung des Vermiethers in der Klage eine Verpflichtung desselben, dem Miether die Sache zu lassen, hervorgeht, kann dem letzteren nicht verwehrt werden, diese Verpflichtung auch gegen die possessorische Klage einredeweise geltend zu machen. Vgl. über die verschiedenen Ansichten die Uebersicht in der unten citirten Schrift von Ziebarth S. 1 fg. und diese Schrift selbst, Vangerow III § 643 a. E. in der 7. Aufl., Hauser Stellvertretung im Besitze S. 53 fg., Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. XIV S. 341 fg., Randa Besitz 2. Aufl. S. 417 fg. (3. Aufl. S. 461 fg.), Thon Rechtsnorm und subjectives Recht S. 313 fg., Exner Verhandl. des 15. Juristentages I S. 9, Brinz 1. Aufl. S. 761, Leonhard Gruchot's Beiträge XXV S. 207 fg., Ruhstrat Magaz. f. das Recht der Gegenwart III S. 249 fg., Wendt Faustrecht S. 176 fg., [Dernburg II § 111 Ziff. 4, Fischer Verhandl. des 9. deutschen Juristentags II S. 311 fg., Ihering Besitzwille S. 435 fg. (Dieser letztgenannte Schriftsteller vertheidigt die Ansicht, daß das röm. Recht dem Miether Besitzschutz gewährt habe, indem er das repellere der l. 3 C. h. t. von Besitzaustreibung versteht, m. A. willkürlich, vgl. l. 24 § 4 l. 54 § 1 D. h. t., l. 27 D. de cond. inst. 28. 7.)]. Seuff. Arch. XXIV. 210, XXX. 8, Entsch. des RG. XII S. 57; Seuff. Arch. XXXI. 203, [XXXIX. 8;

Interesse, wenn er den Fehler arglistigerweise verschwiegen hat, ferner wenn er die Abwesenheit desselben ausdrücklich oder stillschweigend zugesagt hat; jedenfalls aber bekommt der Vermiether, soweit der Gebrauch der Sache durch den Fehler beeinträchtigt wird, kein Miethgeld[9]. — Für Verwendungen, welche der Miether auf die Sache gemacht hat, muß der Vermiether Ersatz geben, wenn sie nothwendig

vgl. XXXVII. 7. Bähr Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 331 fg.] β) Das OAG. zu Rostock hat am 15. April 1850 erkannt (Buchka und Budde Entscheidungen ꝛc. I S. 54), daß der Miether gegen die bevorstehende Veräußerung ein dieselbe bei Strafe der Nichtigkeit verbietendes gerichtliches Inhibitorium erwirken könne. γ) Die Beredung zwischen dem Vermiether und dem Erwerber, wodurch die Fortdauer des Miethverhältnisses ausgemacht wird, kommt an und für sich dem Miether nicht zu Gute. L. 9 C. h. t. handelt nur von der Verhaftung des Erwerbers dem Miether gegenüber. A. M. Unger Jahrb. f. Dogm. X S. 21 Note 25, Jhering das. S. 568 Note 19, Seuff. Arch. XXV. 102, XXVIII. 22, XXXII. 318. Insofern aber in einer solchen Beredung eine wirkliche Schuldübernahme liegt, kann allerdings der Miether durch seinen Beitritt ein Forderungsrecht gegen den Erwerber auf Gewährung des Gebrauchs erlangen. S. § 340 Note 4, und vgl. § 316 Note 15, § 316a Note 11. Es kann ferner der Vermiether seinen Anspruch aus einer solchen Beredung dem Miether cediren, ja er ist zu dieser Cession aus dem Miethvertrag verpflichtet. Vgl. auch das Urtheil des OAG. zu Rostock vom 23. September 1861 bei Buchka und Budde Entscheidungen ꝛc. V S. 269—270 (welches auf Grund des bei § 330 Note 12 bezeichneten Satzes dem Miether die Geltendmachung des Anspruchs des Vermiethers auch ohne Cession gewährt). — Vgl. überhaupt: Gesterding Ausbeute III S. 215—276 (1830). Schmid Handb. des gem. deutsch. R. I S. 85 fg. (1847). Dernburg d. Ä. Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Civilrecht und Civilproceß Nr. 1 (1849). Träger Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII S. 53 fg. (1861). Friedlieb das. XIX S. 434 fg. (1862). Ziebarth die Realexecution und die Obligation. Mit besonderer Rücksicht auf die Miethe (1866). Glück XVIII S. 11 fg. Sintenis II S. 664—667, Vangerow III § 643 Anm. 2, Kuntze zu Holzschuher III § 299 Nr. 11. Stobbe III S. 257 fg. (Die zuvor erwähnte Schrift von Ziebarth gelangt für das heutige Recht zu dem Resultate, daß der Miether zwar durch den Käufer ausgetrieben werden könne, aber nur gegen eine von diesem zu leistende Entschädigung. Das Operationsmittel des Verf. ist das § 43 Note 6 erwähnte „Recht zur Sache", welches durch Hinzutritt des Besitzes zum absoluten Recht werde. Vgl. über und gegen diese interessante, aber in ihren Hauptergebnissen unhaltbare Schrift die a. a. O. citirte Recension von Degenkolb krit. VJSchr. IX S. 191 fg.) Vgl. auch Geller in Grünhut's Zeitschr. V S. 313—385 (österr. Recht und Betrachtungen de lege ferenda). [Weiteres de lege ferenda in den Verhandlungen des 19. deutschen Juristentags: II S. 1 fg. (Gutachten von Meibom), II S. 229 fg. (Gutachten vo Eck), II S. 312 fg. (Gutachten von Fischer), II S. 35 fg. 301 fg. (die Verhandlungen selbst).]

[8] L. 15 § 1 l. 19 § 2 l. 25 § 2 D. h. t., l. 13 § 6 D. de damno inf. 39. 2.

[9] L. 19 § 1 D. h. t., l. 6 § 4 D. de A. E. V. 19. 1; vgl. l. 45 § 1 D. h. t. Kannte der Miether den Mangel, so hat er natürlich keinen Entschädigungsanspruch. L. 13 § 6 D. de damno inf. 39. 2. Sintenis S. 655, Mommsen Erörter. II S. 26 fg. — Vgl. Seuff. Arch. I. 338, VII. 31, XII. 149. 150, XVI. 214, XXXV. 21, XXXIX. 297, XL. 286.

waren oder sonst in seinem Interesse lagen; für Verwendungen anderer Art hat der Miether nur das Recht der Wegnahme[10]. — Endlich hat der Vermiether die Lasten der Sache zu tragen[11].

2. Der Miether ist verpflichtet, das Miethgeld zu zahlen: wenn nichts Anderes ausgemacht ist, nach gemachtem Gebrauch[12]. Diese Verpflichtung des Miethers fällt nicht dadurch weg, daß er von der ihm zur Verfügung gestellten Sache keinen Gebrauch gemacht hat[13], nicht einmal dadurch, daß er von derselben keinen Gebrauch hat machen können[14]; in beiden Fällen jedoch vorausgesetzt, daß der Vermiether den Gebrauch der Sache nicht anderweitig in entsprechendem Maße verwerthet hat[15]. Besonderes gilt für den Pächter eines fruchttragenden Grundstücks[16]; derselbe kann, wenn die Fruchtgewinnung eines Jahres durch außergewöhnliche Unglücksfälle in beträchtlichem Grade geschmälert wird, einen Nachlaß am Pachtgelde verlangen, muß jedoch außergewöhnlich reiche Jahre mit den Mißjahren ausgleichen[17]. — Der Miether ist ferner verpflichtet, nach Beendigung

[10] L. 55 § 1 l. 19 § 4 D. h. t. L. 55 § 1 cit. „In conducto fundo si conductor sua opera aliquid necessario vel utiliter auxerit vel aedificaverit vel instituerit, cum id non convenisset, ad recipienda ea, quae impendit, ex conducto cum domino fundi experiri potest". Sintenis Anm. 68. Seuff. Arch. XXXIII. 111. — Darf der Pächter die Sachen, welche er mit dem Pachtobject verbunden hat, auch gegen den Willen des Verpächters, der sie gegen Ersatz ihres Werthes behalten will, wieder wegnehmen? Seuff. Arch. VII. 20, XVI. 108.

[11] L. un. § 3 D. de via publ. 43. 10, l. 4 l. 20 § 4 C. de agric. 11. 48 [47], l. 32 § 3 D. de adm. tut. 26. 7. Ueber Einquartierungslasten s. Glück XVII S. 395 fg., Puchta § 366. c, Vangerow III § 641 Anm. 2, Sintenis Anm. 69, Holzschuher III § 299 Nr. 9.

[12] Arg. l. 24 § 2 D. h. t. Eine stillschweigende Bestimmung über die Zeit der Zahlung des Miethgeldes liegt darin, daß dasselbe auf So und So viel für einen gewissen Zeitabschnitt festgesetzt wird; hier muß nach Ablauf eines jeden Zeitabschnittes gezahlt werden. Vgl. Seuff. Arch. XXVIII. 219.

[13] L. 24 § 2 l. 27 § 1 l. 55 § 2 D. h. t. Seuff. Arch. XXIII. 123.

[14] L. 61 § 1 D. h. t. und arg. l. 19 § 9. 10 eod.

[15] L. 19 § 9. 10 D. citt. Kohler Jahrb. f. Dogm. XVII S. 365. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock VII Nr. 42. Seuff. Arch. XXVII. 23, XXIX. 22, XXXIX. 207.

[16] W. Sell Arch. f. civ. Pr. XX S. 188 fg. (1837). Jacobi über Remission des Pachtzinses nach römischem und preußischem Recht (1856). Vangerow III § 641 Anm. 1, Sintenis II S. 657—660, Holzschuher III § 299 Nr. 6. Ueber eine besondere Frage aus dieser Lehre: Albert über Remissionsentsagung des Pachters (1821).

[17] L. 15 § 2—5. 7 l. 25 § 6 D. l. 8 C. h. t., c. 3 X. de loc. 3. 18. Außergewöhnliche Unglücksfälle: z. B. Ueberschwemmung, Dürre, Hagelschlag, Vogelfraß, Kriegsverwüstung; nicht etwa auch: „si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint", l. 15 § 2. 3. 4 citt. Schmälerung der Fruchtgewinnung: anders, wenn die geernteten Früchte von einem Unglücksfall

der Miethzeit die gemiethete Sache zurückzugeben. Dieser Verpflichtung kann er sich auch durch Berufung auf sein Eigenthumsrecht nicht entziehen, wenn der Vermiether dasselbe bestreitet; der Miether muß die Sache herausgeben, und sein Eigenthumsrecht in einem besonderen Processe geltend machen[18]. Verweigerung der Rückgabe zieht Verurtheilung auf das Doppelte nach sich[19]. Ist dem Miether die Rückgabe unmöglich[19a], oder kann er die Sache nur in verschlechtertem Zustande zurückgeben, so haftet er dem Vermiether auf das Interesse, wenn die Unmöglichkeit oder die Verschlechterung in Folge seiner Arglist[20] oder seiner Nachlässigkeit[21] eingetreten ist; für Zufall steht er nur dann ein, wenn dieß bedungen ist[22], oder im Fall der Unter-

---

betroffen worden sind. Beträchtliche Schmälerung: l. 25 § 6 cit. Compensation: dieselbe erstreckt sich auch auf Nachzahlung des Erlassenen, l. 15 § 4 D. l. 8 C. citt., c. 3 X. cit.

[18] L. 25 C. h. t. Diese Stelle, wie Thon (Zeitschr. für Civ. und Pr. I S. 470 fg.) und nach ihm Sintenis Anm. 104 thun, auf den Fall zu beschränken, wo der Miether das Eigenthum nach Abschluß des Vertrages erworben hat ist kein Grund vorhanden.

[19] L. 10 C. unde vi 8. 4, l. 33 C. h. t. (§ 263 Note 10. 15).

[19a] Wie ist es bei Wohnungsmiethe im Falle von Krankheit, oder so lange ein unbeerdigter Leichnam im Hause liegt? Vgl. Lehmann Jahrb. f. Dogm. XIII S. 235 fg. [v. Tuhr der Nothstand im Civilrecht S. 33.]

[20] L. 25 § 5 l. 43 D. h. t. Hierher gehört es auch, wenn der Miether die Sache anders gebraucht, als ihm nach den Bestimmungen des Miethvertrages erlaubt ist. Er steht in diesem Falle für alle Folgen ein, welche ohne diese Vertragsverletzung nicht eingetreten sein würden, auch wenn sie ihm an und für sich nicht zur Schuld gereichen, l. 11 § 1. 4 l. 12 D. h. t. Vgl. l. 13 § 3 eod. und § 375 Note 10.

[21] L. 5 § 2 D. commod. 13. 6, l. 23 D. de R. I. 50. 17, l. 28 C. h. t.; l. 9 § 3 l. 11 § 2 l. 19 § 2 l. 25 § 3 l. 30 § 2 D. h. t.; l. 11 pr. l. 30 § 4 D. h. t.; l. 27 § 9. 11 D. ad leg. Aq. 9. 2 (vgl. l. 11 D. de per. et comm. 18. 6 und Ubbelohde Zeitschr. f. Handelsr. VII S. 216—219, Goldschmidt das. XVI S. 303—305); l. 13 § 7. 8 l. 25 § 4 D. h. t. Seuff. Arch. XXXII. 225, XXXVI. 27. — Baron Arch. f. civ. Pr. LII S. 74 will für den Miether von Kleidern, Zugvieh und Silbergeschirr aus § 5 I. h. t. („diligentissimus paterfamilias") die Verpflichtung zur gesteigerten Obhut (custodia, § 264 Note 9 lit. f) herleiten. Vgl. dagegen § 375 Note 8. Der Miether haftet in dieser Weise nur dann, wenn er die Obhut der Sache besonders versprochen hat. S. § 401 Note 2.

[22] L. 9 § 2 l. 30 § 4 D. h. t. — Hierher gehört auch der Fall, wenn die Miethsache gegen eine Taxe in dem Sinne hingegeben wird, daß entweder die Sache oder die Taxe zurückgegeben werden soll, l. 54 § 2 D. h. t. Diese Verabredung ist namentlich bei dem Pachtvertrage in Betreff des mitübergebenen Viehbestandes und anderen Gutsinventars häufig (s. g. Eisernviehvertrag, contractus socidae — welcher Vertrag aber auch in Betreff einer Viehheerde als solcher, ohne daß dieselbe als Gutsinventar in Betracht kommt, abgeschlossen werden kann). Die Neueren pflegen in dem Fall einer solchen Verabredung von einer locatio conductio irregularis zu reden. Nicht zu verwechseln ist der Fall,

schlagung[22a]. Die Sache weiter zu vermiethen, ist dem Miether, soweit dadurch nicht gegen eine ausdrückliche Vertragsbestimmung oder gegen den Sinn des Vertrags verstoßen wird, nicht verboten[23].

β. Dienstmiethe*.

§ 401.

Der Vermiether ist verpflichtet, die versprochenen Dienste zu leisten oder zu verschaffen, bez. das versprochene Arbeitsresultat herzustellen, so wie die ihm beim Miethvertrage überlieferten Sachen zurückzugeben[1]; der Miether ist verpflichtet, das Miethgeld zu zahlen[1a], und den durch seine Schuld dem Vermiether (dem Arbeitenden) erwachsenen Schaden zu ersetzen[1b]. Schuld ist nicht bloß Arglist, sondern auch Nachlässigkeit. In gleicher Weise haftet auch der Ver-

---

wenn die Schätzung in dem Sinne gemacht wird, daß die Schätzungssumme unbedingt an die Stelle der übergebenen Sache treten soll. In diesem Falle, von welchem l. 3 D. h. t. handelt, liegt kein Miethvertrag mehr vor, sondern ein Kaufvertrag mit Creditirung der Kaufsumme. Vgl. überhaupt W. Sell Arch. f. civ. Pr. XIX S. 304—317, Chambon Beiträge zum Obligationenrecht S. 12 fg., Sintenis Anm. 15, Beseler § 196 Nr. V, Stobbe III S. 266 fg. Auch Holzschuher III § 298 Nr. 6. Seuff. Arch. VII. 283, XXXVI. 116, XXXVII. 108.

[22a] Arg. L. 1 § 25 D. dep. 16. 3. Vgl. § 375 Note 10a.

[23] L. 6 C. h. t., l. 30 l. 58 § pr. l. 60 pr. D. h. t., vgl. l. 13 § ult. D. de usufr. 7. 1. Sinn des Vertrags: nach bona-fide-Auslegung. Natürlich wird aber durch eine Weitervermiethung weder an dem Rechtsverhältniß zwischen Vermiether und Miether etwas geändert, noch ein Rechtsverhältniß zwischen Vermiether und Aftermiether begründet. Seuff. Arch. III. 48. S. jedoch auch I § 231 Note 5, II § 342 Note 42.

* Dankwardt die locatio conductio operis, Jahrb. f. Dogm. XIII S. 299—380. Ders. der Arbeitervertrag, das. XIV S. 228—283.

[1] L. 22 l. 14 C. h. t. Das „Dienste verschaffen" des Textes geht auf den Fall, wo fremde Dienste versprochen sind (§ 399 Note 2). — Vgl. l. 26 D. h. t. „In operis duobus simul locatis convenit priori conductori ante satisfieri". § 401.

[1a] Bei der Werkverdingung mit Zinsen nach Ueberlieferung der gefertigten Arbeit, nach Analogie des für den Kaufvertrag Geltenden (§ 389 Note 18)? Nein: Seuff. Arch. XIII. 10. Ja: Dankwardt a. a. O. S. 330 Note 3.

[1b] Der Miether hat fehlerhafte Werkzeuge übergeben. Er hat nicht die nöthigen Vorkehrungen für die Sicherheit des Arbeiters getroffen. Entscheid. des RG. VIII S. 149 (Seuff. Arch. XXXVIII. 310), vgl. Seuff. Arch. XXXIII. 129, [XLIII. 266 (RG.), Entscheid. d. RG. XXI S. 170.] Dem gewerblichen Arbeiter geben für den Fall der Tödtung oder Körperverletzung weiter gehende (über den Fall der Verschuldung des Arbeitgebers ganz oder theilweise hinausgehende) Ansprüche die Reichsgesetze 7/6 71 (s. g. Haftpflichtgesetz) und 6/6 84 bez. 28/5 85 (Unfallversicherungsgesetz). Vgl. Mandry 4. Aufl. S. 430 fg. (3. Aufl. S. 491 fg.). — Für den an den Werkzeugen des Arbeitenden entstandenen Schaden ist der Miether zum Ersatz nicht verpflichtet. L. 2 § 1 D. de leg. Rhodia 14. 2. Kierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck 1866 II S. 421.

miether nicht bloß wegen Arglist, sondern ebenso wegen Nachlässigkeit[2]; außerdem steht er dafür ein, daß er die Fähigkeiten, zu welchen er sich ausdrücklich oder stillschweigend bekannt hat, wirklich habe[3]. Bedient er sich bei der Dienstleistung oder Arbeitsausrichtung eines Gehülfen oder Vertreters, so ist zu unterscheiden, ob ihm dieß nach den Bestimmungen oder im Sinne des Vertrages erlaubt war oder nicht[3a]; im letzten Fall steht er für die Handlungen des Gehülfen ꝛc.

---

[2] L. § 5 2 D. commod. 13. 6, l. 23 D. de R. I. 50. 17, l. 28 C. h. t., l. 13 pr. — § 4. 6 l. 25 § 7 l. 60 § 2 D. h. t. Steigerung der Verhaftung durch Vertrag ist natürlich nicht ausgeschlossen, und namentlich kann der Vermiether für die ihm übergebenen Sachen eine besondere persönliche Fürsorge und Obhut (custodia, § 264 Note 9 lit. f) übernehmen. L. 40. 41 D. h. t., l. 14 § 17 D. de furt. 47. 2. Dieß kann auch stillschweigend geschehen, im Sinne des Geschäfts, wohin im Besonderen der römische „horrearius" gehört. L. 1 C. h. t. (Coll. X. 9), l. 60 § 6 D. h. t., vgl. l. 55 pr. D. h. t., l. 4 D. h. t. Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. III. S. 106 fg., XVI S. 326 fg., Baron Arch. f. civ. Pr. LII S. 46 fg., Pernice Labeo II S. 350, Brinz 2. Aufl. II S. 275. [Bruckner Custodia (§ 264 Note 9) S. 222 fg., Engelmann Custodia (§ 264 Note 9) S. 95 fg.] Nach gesetzlicher Regel tritt die Verhaftung für custodia beim receptum (§ 384) ein. — Wenn in l. 14 § 17 D. de furt. 47. 2 die Verhaftung für custodia auch Demjenigen auferlegt wird, der „mercedem perferendae (epistulae) accipit", so ist hier zwar unter custodia die technische custodia verstanden, wie abgesehen von Anderem schon aus der Gleichstellung mit dem caupo und magister navis hervorgeht: aber es ist zu urgiren „perferendae", d. h. der Bote hat sich anheischig gemacht, den Brief unter allen Umständen abzuliefern. Denn sonst würde auch der nauta caupo stabularius ohne Weiteres für custodia haften, und es wäre unbegreiflich das prätorische Edict und im Besonderen l. 3 § 1 D. nautae 4. 9. Deßwegen kann auch l. 5 pr. nautae 4. 9 nicht davon verstanden werden, daß der fullo und der sarcinator für technische custodia haften, sondern es ist anzunehmen, daß die Stelle zwar in der ersten Hälfte von der technischen custodia spricht, nicht aber in der zweiten. Doch läßt sich nicht verkennen, daß beide Interpretationen, und vor Allem die letztere, hart sind, und daß sie kaum Jemand machen würde, wenn nicht das soeben bezeichnete Argument entgegenstände; so daß nicht aller Zweifel ausgeschlossen bleibt. Was den fullo angeht, s. auch l. 12 pr. D. de furt. 47. 2: „semper agit". Die hier nicht angenommene Ansicht vertritt Baron a. a. O. S. 55 fg. und, wenn ich ihn recht verstehe, für das ältere römische Recht Pernice Labeo II S. 350 fg. [Versuche zur Entkräftung des bezeichneten Arguments bei Lehmann Zeitschr. d. Sav.-Stift. IX S. 110 fg. und bei Bruckner Custodia (§ 264 Note 9) S. 295 fg.]

[3] L. 9 § 5 D. h. t. „Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam . . . scripsit; . . . quippe ut artifex . . . conduxit". L. 13 § 5 D. h. t., l. 27 § 29 D. ad. leg. Aquil. 9. 2. — Vorbehaltlose Annahme der Arbeit beraubt nicht der Ansprüche wegen der Fehler, welche dem Annehmenden ohne seine Schuld verborgen waren. Seuff. Arch. VIII. 43, X. 256, XII. 153, XXVI. 128, XXXIV. 201, XXXVI. 273, vgl. XVI. 27.

[3a] Vgl. Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. XVI S. 305—309. Die bezeichnete Unterscheidung ist namentlich wichtig bei der locatio conductio operis. Hier ist möglich, daß der Vertrag geht: 1) auf Herstellung der Arbeit ausschließlich

unbedingt ein[4], im ersten Fall nur insofern, als er bei der Auswahl und Beaufsichtigung nicht die gehörige Sorgfalt aufgewendet hat[5].

durch den conductor; 2) auf Herstellung durch ihn mit oder ohne Zuziehung von Gehülfen; 3) auf Herstellung durch ihn oder durch von ihm in Bewegung zu setzende Andere; 4) auf Herstellung durch von ihm in Bewegung zu setzende Andere. Dankwardt in dem in Note * zuerst genannten Aufsatz nimmt in diesem letzten Fall nicht locatio conductio operis an, sondern es soll dann ein besonderer Vertrag vorliegen, welchen Dankwardt mit dem Ausdruck „Entreprise" bezeichnet, auf welchen er die Stellen der Quellen bezieht, die von einer Stipulation auf Arbeit reden (z. B. l. 14 l. 38 § 21 l. 72 § 2 l. 137 § 3 D. de V. O. 45. 1), welcher nach der Analogie des Lieferungskaufs zu behandeln sei, und für welchen er danach eine Reihe besonderer Rechtssätze, die bei der locatio conductio operis nicht gelten sollen, in Anspruch nimmt (vgl. S. 314. 324 fg. 341. 353). Aber diese Unterscheidung ist unbegründet. Auch im letzten Fall ist der Gegenstand des Vertrags die herzustellende Arbeit, und die durch den Unternehmer herzustellende Arbeit. Auf seine Thätigkeit wird in erster Linie gerechnet; erst durch seine Thätigkeit wird die Thätigkeit der Anderen in Bewegung gesetzt. Nach Dankwardt's Begriffsbestimmung ist der Vertrag mit dem Baumeister über Herstellung eines Gebäudes ein anderer Vertrag, jenachdem der Baumeister nach einem von ihm anzufertigenden oder nach einem ihm übergebenen Plan arbeiten soll, im ersten Fall locatio conductio operis, im zweiten Fall „Entreprise". Und der Frachtvertrag mit der Eisenbahngesellschaft ist nach Dankwardt's Begriffsbestimmung locatio conductio operis nie. Ob bei dem Vertrage auf ein unmittelbares Eingreifen des Unternehmers gerechnet ist, oder nicht, kann ohne Zweifel von Wichtigkeit sein für die Auslegung des Parteiwillens auch in Betreff anderer Punkte; aber dieser Gegensatz berührt nicht die essentialia negotii. Dankwardt bringt mit diesem Gegensatz namentlich auch die Frage in Verbindung, ob der conductor das periculum operis trägt (Note 8 fg.) — wie ich glaube, nicht mit Recht.

[4] Vgl. l. 19. 21. 23 D. pro socio 17. 2, l. 55 pr. § 2 D. de adm. tut. 26. 7.

[5] Man bemerke über diese in der neuen Zeit berühmt gewordene Frage Folgendes. 1) Die Frage ist von allgemeiner Natur, sie bezieht sich nicht bloß auf die Dienstmiethe. Sie kommt in allen Fällen in Betracht, wo ein Schuldner sich zur Ausführung der ihm obliegenden Leistung einer fremden Kraft bedient. 2) Es handelt sich nur um die Verhaftung des Principals gegenüber seinem Gläubiger, nicht um die Verhaftung des Principals gegenüber Dritten, welche durch den Gehülfen beschädigt worden sind. Ueber diese letztere Verhaftung s. § 455 Note 27a. 3) Die im Text gegebene Beantwortung der Frage folgt aus der Natur der Sache. Entsprechende Entscheidungen finden sich in l. 20 [21] § 3 D. de neg. gest. 3. 5, l. 10 § 1 l. 11 l. 20 D. commod. 13. 6. 4) In der neueren Zeit wird aber die unbedingte Verhaftung des Principals für die von dem Gehülfen bei Ausführung der übertragenen Arbeit begangene Verschuldung [unbedingt, oder doch für die loc. cond. operis] mit Lebhaftigkeit verfochten. So schon Puchta Vorles. zu § 302 (S. 160 unt. in der 4. Aufl.), ferner Ubbelohde Arch. f. prakt. RW. VII S. 229 fg. (1860) und Zeitschr. f. Handelsr. VII S. 199 fg. (1864), Burchardi über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen bei der Erfüllung von Obligationen, Kiel 1861 (was die Werkverdingung angeht), Baron Arch. für civ. Pr. LII S. 55 fg. (1869), Dernburg Preuß. Privatrecht II § 68 Note 5, [Pand. II § 38 Note 7], Brinz 2. Aufl. II S. 278, vgl. auch Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 84—85 und

Wird ihm das Leisten der Dienste ohne seine Schuld unmöglich, so gilt auch in dieser Beziehung die gleiche Regel, wie bei der Sachmiethe: der Vermiether haftet zwar seinerseits nicht, bekommt aber

---

Schuldmoment S. 47. [Rang die Haftung des Schuldners für Dritte. Bonner Inaug.-Diss. 1886.] In gleichem Sinne haben sich drei für den 17. deutschen Juristentag (1884) erstattete Gutachten, von Dreyer, Mayer, Leonhard, ausgesprochen, Verhandl. I S. 46 fg. 125 fg. 337 fg., so wie der Juristentag selbst, Verhandl. II S. 80 fg. 284 fg. (bemerkenswerth namentlich der Vortrag von Enneccerus S. 95 fg.). Entschieden hat in diesem Sinne sowohl das Reichsoberhandelsgericht (Entsch. XIII S. 76 fg. [Seuff. Arch. XXX. 239]), als auch das Reichsgericht (Entsch. X S. 165 [Seuff. Arch. XXXIX. 11] [vgl. Seuff. Arch. XXXVIII. 20, XLIII. 114, XLIV. 98 [Entsch. XXI S. 170]]). S. auch Seuff. Arch. VII. 172, VIII. 52. 4. Die für diese Meinung geltend gemachten Gründe sind jedoch nicht überzeugend. a) Was die Argumentation aus der Natur der Sache angeht, so wird im Wesentlichen darauf abgestellt, daß der Principal die Verhaftung für die Schuld seiner Gehülfen stillschweigend übernehme. Das ist eben die Frage. Enneccerus a. a. O. macht den Trugschluß: wer eine eigene Handlung verspricht, verspricht eine sorgfältige Handlung; also verspricht auch eine sorgfältige Handlung, wer eine fremde Handlung verspricht. Dawider: der Principal verspricht nicht eine fremde Handlung, sondern die Bewirkung einer fremden Handlung, also Sorgfalt in der Bewirkung. b) Man beruft sich aber auch auf Quellenstellen. α) Die beweisendste ist l. 25 § 7 D. h. t. „Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit; culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque obsorvaturus fuisset". Es heißt hier: „eorum*que*" nicht „eorum*ve*"; also wird culpa sowohl bei dem Unternehmer für erforderlich erklärt (culpa in eligendo), als bei dem Gehülfen. Will man aber dieß auch nicht annehmen, also nicht annehmen, daß der Verfasser der Stelle die „culpa ipsius" als culpa in eligendo gedacht habe (vgl. auch l. 29 D. de V. S. 50. 16), so ist doch die andere Annahme vollkommen erlaubt, daß er culpa in eligendo vorausgesetzt habe. Diese Annahme ist nicht gewagter als sie es in l. 20 § 2 D. de praescr. verb. 19. 5 ist, wo sie durch l. 10 § 1 l. 11 l. 20 D. commod. 13. 6 nothwendig gemacht wird (a. M. Burchardi a. a. O. S. 85 fg.) In ähnlicher Weise drücken sich ungenau aus l. 12 § 1 D. commod. 13. 6 und l. 65 pr. D. de usufr. 7. 1 (vgl. l. 11 pr. D. h. t., l. 27 § 9. 11 D. ad leg. Aq. 9. 2). Vgl. Goldschmidt Zeitschr. für Handelsr. XVI S. 340 fg. 353 fg. β) L. 40. 41 D. h. t. Hier heißt es, daß, wer „mercedem accipit pro custodia alicuius rei", auch den von den bestellten custodes selbst angerichteten Schaden vergüten müsse. Der Grund ist die durch den Vertrag übernommene gesteigerte Fürsorge. S. Note 2. γ) L. 60 § 7 i. f. D. h. t.: — „illam quoque culpam me tibi praestaturum aio, quod eum elegissem, qui eiusmodi damno te afficeret". Die culpa, von welcher hier die Rede ist, ist nicht die culpa des gebrauchten Sclaven, sondern die des Vermiethers, also eben die culpa in eligendo; unter culpa hier schuldlose Schuld, also Veranlassung zu verstehen (vgl. l. 7 § 4 D. nautae 4. 9, l. 5 § 6 D. de O. et A. 44. 7, l. 23 D. pro soc. 17. 2), ist willkürlich. Vgl. auch l. 10 § 1 D. commod. 13. 6 in Verbindung mit l. 11 l. 20 eod. δ) L. 13 § 1 D. h. t. Entscheidend sind auch hier die Worte: „si culpa caret". ε) L. 5 § 8. 10 D. de inst. act. 14. 3. Es handelt sich hier nicht von einer Verhaftung aus eigenem Contract für die Schuld des Gehülfen, sondern von einer Verhaftung aus der Schuld des Gehülfen.

auch keine Gegenleistung[6]. Dagegen geht er des Anspruchs auf die Gegenleistung dadurch nicht verlustig, daß der Miether die ihm zur Verfügung gestellten Dienste nicht abnimmt, gleichgültig, ob mit oder ohne seine Schuld, und vorausgesetzt nur daß der Vermiether seine Dienste nicht anderweitig in entsprechendem Maße verwerthet hat[7]. Auch dadurch verliert der Arbeiter seinen Anspruch auf die Gegenleistung nicht, daß bei der Werkverdingung[8] das gefertigte Werk ohne seine Schuld vor der Ablieferung zu Grunde geht, wenn nur das Werk von der Art war, daß der Besteller die Annahme nicht hätte verweigern dürfen[9]. War das Werk, als es zu Grunde ging, theilweise fertig, so bekommt der Arbeiter theilweisen Lohn[10].

S. § 482 Note 15. 4) L. 19. 21. 23 D. pro soc. 17. 2. S. Note 4. S. auch noch Note 9. 5) Uebereinstimmend mit dem hier Gelehrten: Hasse Culpa S. 408 fg., Thöl Handelsr. I § 33 Note 3 und 4 (5. Aufl. § 86 Note 7), Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. III S. 93 unt. S. 368. XVI S. 287 fg. (die letztere Darstellung ist hervorzuheben), v. Wyß die Haftung für fremde Culpa S. 97 fg., Bar Grünhut's Zeitschr. IV S. 72 fg., [Wendt § 231], Erk. des OAG. zu Rostock vom 29. Februar 1872 bei Budde Entscheid. 2c. VIII S. 92 fg. (= Seuff. Arch. XXX. 118). Ferner (vor und neben dem HGB. Art. 400): Seuff. Arch. IV. 35. 112, XIII. 140, XXXIII. 194. S. noch Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. XVI S. 373. 6) Eine Ausnahme gilt in Folge Vertrags, und nach gesetzlicher Regel beim receptum. S. Note 2. Auch das Haftpflichtgesetz (Note 1b) schlägt hier ein.

[6] L. 15 § 6 D. h. t., l. 10 pr. D. de lege Rhod. 14. 2. A. M. Fuchs Arch. f. civ. Pr. XXXIV S. 403 fg.; dagegen Mommsen Beiträge I S. 383. Seuff. Arch. VI. 31. Entsch. des RG. III S. 179 fg. (= Seuff. Arch. XXXVI. 192).

[7] L. 19 § 9 l. 38 pr. D. h. t., vgl. l. 19 § 10 D. h. t., l. 4 D. de off. assess. 1. 22. Vgl. mit Mommsen a. a. O. S. 353 fg. und III S. 422. 423; Windscheid Heid. krit. Zeitschr. II S. 138. 139; auch Vangerow III S. 240. 241, Kohler Jahrb. f. Dogm. XVII S. 364 fg., neuestens Puntschart die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Privatr. S. 406 fg. Seuff. Arch. VIII. 253, XIX. 226, XXVIII. 220, vgl. XII. 24, XIX. 30.

[8] Vgl. über das Folgende: v. Buchholtz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII S. 1 fg., Mommsen Beiträge I S. 368 fg., Windscheid Heid. krit. Zeitschr. II S. 139—141 und wieder Mommsen III S. 423—428, Burchardi (Note 5) S. 131 fg., v. Wyß die Haftung für fremde Culpa S. 94 fg., Bolze Arch. f. civ. Pr. LVII S. 86 fg., Dankwardt Jahrb. für Dogm. XIII S. 351 fg. (vgl. Note 3a a. E.), Puntschart a. a. O. S. 432 fg. [Loewy Unmöglichkeit der Leistung bei zweiseitigen Schuldverhältnissen S. 91 fg., Dernburg II § 113 a. E. Seuff. Arch. XLIV. 99 Nr. 2.]

[9] L. 36. 37 l. 62 D. h. t. Ob die Fehlerhaftigkeit ihren Grund hat in einem eigenen Versehen oder in dem Versehen eines Gehülfen oder Vertreters ist gleichgültig. In dieser Richtung also steht der Arbeiter für die Versehen seiner Gehülfen und Vertreter allerdings ein.

[10] L. 59 D. h. t., l. 33 eod. A. M. Mommsen und Burchardi a. a. OO., [Ehrenberg Jahrb. für Dogm. XXVII S. 268 fg.,] vgl. auch Goldschmidt Zeitschr. für Handelsr. XVI S. 362. Seuff. Arch. XXIX. 205.

Zu dem Gesagten bemerke man noch Folgendes.

1. Eine besonders wichtige Anwendung der Werkverdingung ist der Frachtvertrag. Für denselben gelten, wenn er auf Seetransport gerichtet oder mit einem gewerbmäßigen Frachtführer oder einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes abgeschlossen ist, die besonderen Grundsätze des Reichshandelsgesetzbuchs[10a]; abgesehen davon steht der Frachtvertrag unter den allgemeinen Grundsätzen von der Werkverdingung[11]. Gewerbemäßige Frachtverträge sind auch die mit der Post und mit Eisenbahnen abgeschlossenen[11a].

[10a] HGB. Art. 271 Ziff. 4, Art. 272 Abs. 1 Ziff. 3. Abs. 2, Art. 390 fg. 557 fg. Thöl Handelsr. 3. Band: das Transportgewerbe (1880). Schott das Transportgeschäft, Endemann's Handbuch des Handelsr. III S. 284 fg. (1884). Mandry § 47 (der Beförderungsvertrag). Die durch das HGB. vorgeschriebene besondere Verhaftung des Frachtführers ist theilweise bereits im römischen Recht anerkannt. Vgl. § 384.

[11] Besondere Fragen sind folgende. 1) Hat derjenige, an welchen eine zum Transport übergebene Sache abgeliefert werden soll, ein Forderungsrecht gegen den Frachtführer auf Ablieferung? Gewiß, wenn der Absender ihm sein Forderungsrecht cedirt hat; aber auch ohne Cession? Entscheidend für die Bejahung ist die, merkwürdigerweise in dieser Streitfrage ganz unbeachtet gebliebene, l. 6 § 2 D. de neg. gest. 3. 5 (§ 316 Note 7a, § 431 Note 7). Literatur: Höpfner Arch. f. civ. Pr. XXXVI S. 119 fg., Karstens das. XXXVII S. 199 fg., Koch Deutschlands Eisenbahnen II S. 106 fg., Gareis Verträge zu Gunsten Dritter S. 121. 130. Seuff. Arch. VI. 59, IX. 56, XII. 291, XIV. 23. Besonderes Recht des Connossements: das. VI. 241, XII. 291, XV. 49. HGB. Art. 405. „Nach Ankunft des Frachtführers am Orte der Ablieferung [vgl. Art. 404] ist der im Frachtbrief bezeichnete Empfänger berechtigt, die durch den Frachtvertrag begründeten Rechte gegen Erfüllung der Verpflichtungen, wie sie der Frachtbrief ergibt, in eigenem Namen gegen den Frachtführer geltend zu machen". Nach der Uebergabe des Frachtbriefes kann ihm dieses Forderungsrecht auch durch anderweitige Dispositionen des Absenders nicht mehr entzogen werden (Art. 402). Bei der Seefracht hat von vorn herein ein ausschließliches Recht auf Ablieferung der Güter der im Connossement Bezeichnete und im Besitz desselben Befindliche (Art. 647). Das Connossement kann auch auf Ordre gestellt werden (Art. 646—651). Wenn bei der Landfracht ein Ladeschein ausgestellt wird (Art. 413. 414), so gelten für denselben die gleichen Regeln, wie für das Connossement (Art. 415—418). Goldschmidt Handelsr. § 72. 75. 2) Rechtsverhältniß, wenn der erste Frachtführer das Gut einem zweiten zum Weitertransport übergibt? Vgl. darüber Roßhirt Arch. für civ. Pr. XLIV S. 247 fg. Nach allgemeinen Grundsätzen wird man sagen müssen, daß dadurch ein Rechtsverhältniß zwischen dem Befrachter und dem zweiten Frachtführer nicht entsteht, sowie daß der erste Frachtführer dem Befrachter für die Schuld des zweiten Frachtführers nur dann haftet, wenn er entweder durch die Weitergabe gegen eine ausdrückliche oder stillschweigende Vertragsbestimmung gehandelt hat, oder ihm eine Verschuldung bei der Auswahl zur Last fällt. Seuff. Arch. II. 93, IV. 70, VII. 172. 355. Anders das HGB. Art. 401. „Wenn der Frachtführer zur gänzlichen oder theilweisen Ausführung des von ihm übernommenen Transportes das Gut einem andern Frachtführer übergibt, so haftet er für diesen und die etwa folgenden Frachtführer bis zur Ablieferung. Jeder Frachtführer, welcher auf einen anderen Frachtführer folgt,

2. Es kann bei der Werkverdingung verabredet werden, daß die zu leistende Arbeit nicht an der dem Arbeiter übergebenen Sache hergestellt zu werden brauche, sondern auch an einer andern Sache der nämlichen Art hergestellt werden dürfe. In diesem Falle wird der Arbeiter Eigenthümer der ihm übergebenen Sache und trägt die Gefahr derselben[12].

---

tritt dadurch, daß er das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbrief annimmt, in den Frachtvertrag gemäß dem Frachtbrief ein, übernimmt eine selbständige Verpflichtung, den Transport nach Inhalt des Frachtbriefes auszuführen, und hat auch in Bezug auf den von den früheren Frachtführern bereits ausgeführten Transport für die Verbindlichkeiten derselben einzustehen". Umgekehrt hat der letzte Frachtführer auch die Rechte der früheren auszuüben (Art. 410). Vgl. übrigens auch Seuff. Arch. IX. 56, XII. 25. 3) Gültigkeit abändernder Verträge, abgeschlossen durch ausdrückliche Uebereinkunft oder durch stillschweigende Unterwerfung unter ein öffentlich bekannt gemachtes Reglement des Transportführers? Aus allgemeinen Grundsätzen folgt nur, daß nicht die Nichtverhaftung wegen Arglist (und grober Fahrlässigkeit?) ausgemacht werden kann (§ 265 Note 5). Für Eisenbahnen aber geht viel weiter das HGB. Art. 423 fg. Vgl. Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 569 fg. und die Citate bei Mandry § 47 Note 3.

[11a] Das Eisenbahnrecht hat eine reiche Literatur. S. die Uebersicht bei Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 572—574, Koch das. VIII S. 401 fg., Eger das Eisenbahnrecht mit besonderer Berücksichtigung des Eisenbahnfrachtrechts. 3 Bde. 1879—1883 (vgl. darüber Zeitschr. f. Handelsr. XXV S. 391 fg. XXX S. 307 fg.). [Endemann das Recht der Eisenbahnen nach den Bestimmungen des deutschen Reichs und Preußens, 1886.] Für den Postvertrag kommen neben und gegenüber den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs noch die beiden Reichsgesetze vom 28. October 1871 „über das Postwesen" und „über das Posttaxwesen" in Betracht. Mandry S. 419 fg. (2. Aufl. S. 478 fg.).

[12] L. 31 D. h. t., l. 34 pr. D. de auro 34. 2. L. 31 cit.: — „rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur, aut eiusdem generis redderetur, veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli. Ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri". Auch in diesem Fall (vgl. § 400 Note 22) spricht man von einer locatio conductio irregularis. Von demselben handeln: W. Sell Arch. f. civ. Pr. XIX S. 318—330, v. Buchholtz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII S. 8—16, Mommsen Beiträge I S. 283—286, Brinz 1. Aufl. S. 440. 2. Aufl. § 333 Anm. 32, Sintenis II § 118 Anm. 21, Puntschart die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Privatr. S. 466. Eigentlich liegt in diesem Fall eine Mischung von Mieth- und Austauschgeschäft vor (l. 3 cit.: — „in creditum iri", l. 34 pr. cit.: — „quippe quasi permutationem fecisse videatur"), welchen Gedanken besonders Sell, nur zu einseitig, vertritt. Man hat geleugnet: 1) daß das Geschäft den Empfänger zum Eigenthümer mache, oder immer mache (Buchholtz, Brinz, Puntschart), namentlich auch mit Berufung auf die Worte der l. 34 pr. cit. „quatenus dominium transit", wo aber statt quatenus ohne Zweifel zu lesen ist protinus [Karlowa Grünhut's Zeitschr. XVI S. 418: quatenus = in Betracht, daß]; 2) daß der Empfänger die Gefahr trage (Buchholtz, Brinz, Puntschart, Sintenis), mit Berufung auf l. 31 cit. i. f.: „sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam duntaxat debere", welche

3. Soll dagegen aus einer dem Arbeiter zugehörigen Sache eine Arbeit für den Besteller hergestellt werden, so liegt nicht Miethe, sondern Kauf vor, Kauf einer anzufertigenden Sache[13]. Was dabei den Uebergang der Gefahr auf den Käufer angeht, so entscheiden, wenn die zu bearbeitende Sache eine generisch bestimmte ist, die Grundsätze vom Kauf generisch bestimmter Sachen (§ 390 Ziff. 1. a); ist sie individuell bestimmt, so trägt der Besteller die Gefahr nicht sogleich nach Vollendung der Arbeit, sondern erst nach der Annahme (Billigung)[14].

4. Der Gesindemiethvertrag ist particularrechtlich näher ausgebildet[15]. Der gewerbliche Arbeitervertrag und der gewerbliche Lehrvertrag unterliegen reichsgesetzlichen Bestimmungen[16].

c. Beendigung.

§ 402.

Ueber die Beendigung der Miethe ist folgendes Besondere zu bemerken.

Entscheidung sich aber vollkommen daraus erklärt, daß in dem von der Stelle behandelten Fall die Verbindlichkeit des Empfängers vertragsmäßig auf das im Schiff befindliche Getreide beschränkt war. S. namentlich Mommsen a. a. O. Note 27, Keller § 342.

[13] Gai. III. 147, § 4 I. h. t., l. 2 § 1 D. h. t., l. 20 l. 65 D. de contr. emt. 18. 1. Nicht hierher gehört der Fall, wo auf einem Grundstück des Bestellers mit dem Material des Arbeiters ein Gebäude hergestellt werden soll, obgleich durch die Einbauung das Material in das Eigenthum des Bestellers übergeht. L. 22 § 2 D. h. t., l. 20 D. de contr. emt. 18. 1. Ueber die Lesart in l. 20 cit. („etiam") s. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV S. 283, Arndts das. VIII S. 102, Emmerich das. XVIII S. 122, Mommsen in seiner Ausgabe zu dieser Stelle. Vgl. Seuff. Arch. XI. 234, XXVI. 239. Entscheid. des RG. XIII S. 209. [Seuff. Arch. XLI. 99, XLII. 111; andere Citate in dem unten genannten Aufsatz von Ehrenberg S. 258.] — Eine neue, aber nicht bewiesene Ansicht über die Grenze zwischen Miethe und Kauf bei Dankwardt Jahrb. f. Dogm. XIII S. 344 fg. S. auch Bechmann Kauf II S. 163 fg. 337 fg. (vgl. § 386 Note 5). — [Ehrenberg Jahrb. f. Dogm. XXVII S. 253 fg. spricht sich de lege ferenda dafür aus, daß der hier genannte Fall principiell nicht als Kaufvertrag, sondern als Werkvertrag zu behandeln sei. Er will damit erreichen, 1) daß der Arbeiter das Recht und die Pflicht habe, die gelieferte Arbeit zu verbessern. M. A. leistet dieß schon die bona-fide-Natur der loc. cond. 2) Eine billige Normirung über die Tragung der Gefahr für den Fall, daß die zu verarbeitende Sache individuell bestimmt ist. S. darüber Note 14.]

[14] Es ist anzunehmen, daß der Kauf unter der Bedingung der Billigung abgeschlossen worden sei. Vgl. l. 1 § 6 D. de poll. 50. 12 und Windscheid Heidelb. krit. Zeitschrift II S. 141; aber auch Mommsen Beiträge I S. 367. III S. 428. [A. M. Ehrenberg a. a. O. S. 277 fg.]

[15] Vgl. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Gerber § 181, Beseler S. 450 fg. (513 fg.), Stobbe III § 187.

[16] HGB. Art. 57 fg. Reichsgewerbeordnung 21/6 69 [1/7 83] § 105 fg.

1. Ist über die Dauer der Miethe nichts, ausdrücklich oder stillschweigend[1], ausgemacht, so kann jede Partei zu jeder Zeit zurücktreten, muß jedoch die ortsübliche Kündigungsfrist, wenn eine solche besteht, beobachten[2]. Auch dann muß die ortsübliche Kündigungsfrist beobachtet werden, wenn der Vertrag ausdrücklich auf Kündigung gestellt worden ist.

2. Unter Umständen ist ein einseitiger Rücktritt auch vor Ablauf der vereinbarten Miethzeit gestattet. Dieses Recht steht zu:

a) bei der Sachmiethe: α) dem Miether, wenn die vermiethete Sache unbrauchbar wird oder ist[3], oder wenn mit der Fortsetzung des Gebrauchs eine Gefahr für ihn verbunden ist[4]; β) dem Vermiether, wenn der Miether die gemiethete Sache mißbraucht[5], oder mit dem Miethzins zwei Jahre in Rückstand bleibt[6], ferner wegen

---

Reichsgesetze 17/7 78 und 1/7 83. Reichsseemannsordnung 17/12 72. Mandry S. 334 fg. (401 fg.). Stobbe III § 188. 189.

[1] Bei der Werkverdingung ist eine Miethzeit von selbst durch den im Vertrage bezeichneten Zweck der Arbeit bestimmt. S. auch Seuff. Arch. XVII. 32. — Beweislast, wenn behauptet wird, daß der Miethvertrag auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen worden sei? E. A. Seuffert in Seuffert Pand. § 338 Note 3. Seuff. Arch. VI. 29. § 402.

[2] In dieser Weise ist der Sinn des Vertrages gemäß der bona fides auszulegen. Von der Miethe auf Kündigung spricht l. 4 D. h. t. Vgl. HGB. Art. 61. — Wäre ausdrücklich bestimmt, daß keine Kündigung stattfinden solle, oder daß der Vertrag „auf ewige Zeiten“ abgeschlossen sein solle, so würde das Rechtsverhältniß der Parteien nach den Grundsätzen der Emphyteuse oder Superficies zu beurtheilen sein (vgl. I § 218 Note 5). In l. 10 C. h. t. bezeichnet „perpetua conductio“ eine Miethe ohne Bestimmung der Dauer. Vgl. Seuff. Arch. XXIX. 21. Verzicht auf Kündigung für kürzere Zeit: Seuff. Arch. VII. 307.

[3] L. 25 § 2 D. h. t. („si vicino aedificante obscurentur lumina coenaculi“, „si ostia fenestrasve nimium corruptas locator non restituat“). L. 60 pr. eod., vgl. l. 27 pr. eod. Seuff. Arch. VII. 171, XXXII. 35. Entscheid. des RG. IV S. 169. [G. Pfitzer Arch. f. civ. Pr. LXXI S. 457 fg.]

[4] L. 27 § 1 l. 13 § 7 D. h. t., l. 28. 33 D. de damno inf. 39. 2. Vangerow III S. 465 (7. Aufl. S. 453). Seuff. Arch. XXIV. 29, [XLII. 291. I] (Wanzen), XXVII. 25 (Ratten), XXXVI. 118. 191 (RG.). — Verzögerung der Erfüllung des Vertrages begründet für den Miether ein Rücktrittsrecht nur insofern, als mit der Fortsetzung der Miethe ein Schaden für ihn verbunden sein würde, welcher größer ist, als derjenige, welchen er seinerseits dem Vermiether durch seinen Rücktritt zufügt. L. 24 § 4 l. 60 pr. D. h. t., vgl. § 280 Note 1, § 346 Note 6.

[5] L. 54 § 1 D. l. 3 C. h. t., c. 3 X. de loc. 3. 18. Seuff. Arch. II. 38, XII. 265, XIX. 38, [XLII. 291. II (Einbringen von Wanzen), XLIII. 15].

[6] L. 54 § 1 l. 56 D. h. t., l. 3 C. cit., c. 3 X. cit. C. 3 X. cit.: — „si .. cum canonem per biennium non solvisset, sibi satisfactione celeri non providit“. Vgl. I § 222 Note 10. — Bei der Verpachtung öffentlicher Einkünfte ist der Rücktritt wegen Nichtzahlung des Pachtgeldes sofort gestattet, l. 10

Nothwendigkeit einer den Gebrauch ausschließenden Reparatur[7], und wegen unvorhergesehenen eigenen Bedürfnisses[8].[9]

b) Was die Dienstmiethe angeht, so findet sich in den Quellen nur die eine ausdrückliche Bestimmung, daß von der Werkverdingung der Besteller zurücktreten könne, wenn sich herausstellt, daß der von dem Arbeiter gemachte Kostenanschlag um ein Bedeutendes zu niedrig ist[10]. Es ist aber eine analogische Anwendung der im Vorstehenden für die Sachmiethe angegebenen Bestimmungen nicht ausgeschlossen[10a].

---

§ 1 D. de publ. 39. 4. — Vgl. Sintenis § 118 Anm. 5, Vangerow § 643 Anm. 1 Nr. 1. a. Seuff. Arch. II. 172, XII. 23. 152, XIV. 134, XXII. 38.

[7] L. 3 C. cit., c. 3 X. cit., l. 30 pr. l. 35 pr. D. h. t. Ungenügend v. Buchholtz Abhandlungen S. 299—303. S. auch Holzschuher III § 299 Nr. 12. I. b. Vgl. Seuff. Arch. VII. 231.

[8] L. 3 C. cit., c. 3 X. cit. Auf Wohnungsmiethe zu beschränken? Sintenis a. a. O. Anm. 57, Vangerow a. a. O. Nr. 1. b, Holzschuher III § 299 Nr. 12. Ia. Das Erforderniß der Unvorhergesehenheit bestreitet mit Unrecht (c. 3 X. cit.) v. Buchholtz a. a. O. S. 303. Das Erkenntniß des OAG. zu Berlin bei Seuff. Arch. XXIV. 203 verlangt, wohl mit Recht, „ganz unverhältnißmäßige Nachtheile für den Vermiether", eine „dringende Noth", einen „Nothstand".

[9] Die Streitfrage, ob auch der Concurs des Pächters oder Verpächters (l. 8 § 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5) den Rücktritt rechtfertige (Bayer Concursproc. § 31, Northoff Arch. f. prakt. RW. IX S. 1 fg., Seuff. Arch. I. 390. 391), ist jetzt durch KO. § 17—19 erledigt.

[10] Aber für den bereits gefertigten Theil der Arbeit muß er zahlen. L. 60 § 4 D. h. t. Dankwardt Jahrb. für Dogm. XIII S. 332 Note 3 will die Zahlungspflicht des Bestellers auf den Fall beschränken, wo der Arbeiter den Kostenanschlag unaufgefordert gemacht hat. Sachlich muthet dieß an; aber ich glaube nicht, daß die citirte Pandektenstelle in diesem Sinne ohne unzulässige Gewaltsamkeit interpretirt werden kann. Wenn derselbe Schriftsteller S. 331 fg. dem Besteller ein unbedingtes Revocationsrecht gibt, so meint er nicht, daß der Arbeiter sich mit dem bis zur Revocation verdienten Lohne begnügen müsse, sondern, daß der Arbeiter nach der Revocation keine Aufwendung mehr zu Lasten des Bestellers machen dürfe. Entschädigungspflicht des Architekten: Seuff. Arch. XXXVII. 111.

[10a] Denn sie sind nicht positiver Natur, sondern beruhen auf Auslegung der den Miethvertrag beherrschenden bona fides. Dieß gilt selbst von dem Recht des Rücktritts wegen längeren Ausbleibens der Miethzinszahlung, wobei nur die Frage aufgeworfen werden kann, ob nicht im gegebenen Fall das biennium eine Abänderung zu erleiden hat (vgl. l. 54 § 1 D. h. t.), und möchte kaum anders sein hinsichtlich der zu Note 8 erwähnten Bestimmung (vgl. § 375 Note 13). Vgl. Dankwardt Jahrb. f. Dogm. XIII S. 340 fg. (für die locatio conductio operis) und XIV S. 261 fg. (für die locatio conductio operarum) — welcher Schriftsteller freilich auch aus den Worten der l. 3 C. h. t. „aut male in re versatus es" den Satz herleitet, daß der conductor operis zurücktreten könne, wenn der locator ihn bei Ausführung des opus schlecht behandele! Das Erkenntniß des OAG. zu Oldenburg bei Seuff. Arch. X. 42 stellt auf Grund der in den Quellen für die Sachmiethe gegebenen Entscheidungen, welche nur „der Ausfluß eines allgemeinen Principes" seien, und von l. 22 C. h. t., den Satz auf, daß von

3. Setzt nach Beendigung der Miethzeit der Miether den Gebrauch fort, und der Vermiether widerspricht nicht, so ist dadurch ein neuer Miethvertrag abgeschlossen[11], bei fruchttragenden Grundstücken auf die Dauer eines Jahres[12], bei anderen Sachen, wenn der Vertrag schriftlich abgeschlossen war, auf die in dem Vertrage bestimmte Miethzeit[13], bei nicht schriftlicher Verabredung auf die Zeit, während welcher der Gebrauch wirklich fortgesetzt worden ist[14].

4. Der Tod der Parteien hat auf den Bestand des Miethvertrages keinen Einfluß[15], wenn nicht durch ausdrückliche oder stillschweigende Beredung der Vertrag auf die Person dieses Contrahenten beschränkt worden ist[16].

d. Besondere Anwendung des Miethvertrages*.

§ 403.

Nach dem Seerecht der Rhodier soll, wenn in einer Seegefahr zur Rettung von Schiff oder Ladung etwas aufgeopfert wird, der

---

dem Dienstvertrag, und namentlich dem Gesindedienstvertrag, jeder Contrahent zurücktreten könne, sobald ihm die „Aushaltung des Contractes von dem andern Theil in billiger Berücksichtigung der Umstände gar nicht zugemuthet werden" könne. Uebereinstimmend das Erkenntniß des OAG. zu München in den Bl. f. RAnw. XXXI. S. 172, ferner Seuff. Arch. XX. 223 und Citate das., XXII. 232, jetzt auch das RG. 21/10 81 in Seuff. Arch. XXXVII. 109 [und 25/6 89, Entsch. XXIII S. 167]. Vgl. auch Wächter II S. 452 unt. [Dernburg II § 112 a. E.]

11 S. g. relocatio tacita. Vgl. darüber namentlich Vangerow III § 644 Anm., wo über die Literatur und die verschiedenen in derselben vertretenen Meinungen vollständig berichtet ist. Seuff. Arch. II. 285, IV. 218, XXVII. 24, XXXII. 34. Particularrechtliche Bestimmungen bei Stobbe III § 186 Note 26.

12 L. 13 § 11 l. 14 D. l. 16 C. h. t. Vgl. übrigens auch Holzschuher III § 298 Nr. 1. I.

13 L. 13 § 11 cit. Die Auslegung der betreffenden Worte dieser Stelle („nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est") ist übrigens nicht zweifellos. S. Vangerow a. a. O. [Dernburg II § 112 Note 37.] Seuff. Arch. XXXI. 223, XXXVI. 190.

14 L. 13 § 11 D. h. t. Darf bei der Wohnungsmiethe nicht gesagt werden: bis zum nächsten Umzugstermin, wenn ein solcher ortsüblich besteht? So Holzschuher III § 298 Nr. 1. I. und die daselbst Citirten. Ebenso Seuff. Arch. XXXI. 29. Die Worte der l. 13 § 11 cit. „prout quisque habitaverit" lauten doch zu bestimmt. Behn Arch. f. civ. Pr. LXVIII S. 52 fg. (1885) sucht auszuführen, die l. 13 § 11 cit. nehme für die Wohnungsmiethe überhaupt keine relocatio tacita an, sondern wolle nur sagen, daß die Wohnungsmiethe als auf die Zeit des wirklichen Wohnens abgeschlossen gelte, wenn eine Miethzeit nicht (oder nicht schriftlich) festgesetzt sei.

15 L. 10 C. h. t., § 6 I. h. t. Vgl. l. 15 § 9 — l. 19 pr. D. h. t.

16 Bei der Dienstmiethe wird regelmäßig der Sinn des Vertrages der sein, daß der Vertrag auf die Erben des Arbeiters nicht übergehen soll. S. ferner

dadurch entstandene Schaden und Aufwand von den Eigenthümern des Geretteten verhältnißmäßig mit getragen werden[1]. Diesen Satz haben die Römer in ihr Recht aufgenommen[2], aber mit den Grundsätzen des Miethvertrages in folgender Weise in Verbindung gebracht: aus dem Miethvertrage hat der von dem Schaden oder dem Aufwand unmittelbar Betroffene einen Ersatzanspruch gegen den Schiffer, dieser einen Rückgriff gegen die Eigenthümer des Geretteten[3]. Näheres[4]:

1. Zur Vertheilung kommt jeder Schaden oder jeder Aufwand, welcher die Folge einer zum Zweck der Rettung von Schiff oder Ladung vorgenommenen Handlung ist; Mittelbarkeit oder Unmittelbarkeit der Folge ist gleichgültig[5]. Bei der Berechnung des Schadens darf nur der Einkaufspreis der aufgeopferten Sachen, nicht ihr wirklicher Werth in Anschlag gebracht werden[6].

2. Die zu vertheilende Summe wird in der Weise vertheilt, daß von derselben einerseits die Eigenthümer des Geretteten[7], Schiff oder

---

l. 4 D. h. t. „Locatio precariive rogatio ita facta, quoad is, qui rem locasset dedissetve, vellet, morte eius qui locavit tollitur“.

* Dig. 14. 2 de lege Rhodia de iactu. — Glück XIV S. 199—232. Unterholzner II S. 353—358, Sintenis II S. 674—679. [Goldschmidt Zeitschr. f. HR. XXXV S. 41 fg. (1889). Heck das Recht der großen Haverei S. 592 fg. (1889).]

§ 403. [1] L. 1 D. h. t.

[2] Vgl. l. 9 D. h. t.

[3] L. 2 pr. D. h. t. Vgl. l. 2 § 7 eod. Ist der Schiffer selbst der unmittelbar Betroffene, so fällt das Erste weg. [Goldschmidt und Heck betonen die gesetzliche Grundlage des Rechtssatzes: gesetzliche Anerkennung einer Gefahrsgemeinschaft. Die bona fides der actio locati und conducti gewährte dem Judex Raum für eine solche Anerkennung auch ohne gesetzliche Vorschrift.]

[4] Die Vorschriften des römischen Rechts sind in dem modernen Seerecht näher entwickelt in der Lehre von der großen Haverei (avarie grosse). Das HGB. handelt von derselben in den Art. 702—735.

[5] In den Quellen wird im Einzelnen erwähnt: a) das Auswerfen von Sachen zum Zweck der Erleichterung des Schiffes, l. 1 D. h. t. und öfter das.; b) Umladung eines Theils der Ladung auf ein kleineres Schiff, welches dann zu Grunde geht, l. 4 pr. D. h. t.; c) Beschädigung des Schiffes selbst, Kappen von Masten u. dgl., l. 2 § 1 l. 3 l. 5 § 1 D. h. t.; d) Loskauf von Piraten, l. 2 § 3 D. h. t.; e) Beschädigung des im Schiffe verbliebenen Gutes in Folge des Auswerfens von anderem Gute, l. 4 § 2 D. h. t. — Daß für einen Schaden, welcher seinen Grund in einer Rettungsmaßregel nicht hat, kein Ersatz begehrt werden kann, sagen ausdrücklich l. 2 § 1 l. 4 pr. l. 5 pr. l. 6 D. h. t. Wie ist es aber, wenn eine Rettungsmaßregel ergriffen worden ist zur Abwendung einer irrigerweise angenommenen Gefahr? Es genügt „eine den Umständen nach vernünftige Ueberzeugung von deren Vorhandensein“: Seuff. Arch. VII. 89. — Vgl. HGB. Art. 702. 708—710.

[6] L. 2 § 4 D. h. t. [A. M. Heck S. 604 fg.] Anders das HGB. Vgl. im Allgemeinen das. Art. 711—717.

[7] L. 4 pr. § 1 l. 5 pr. D. h. t. HGB. Art. 705. 706. 726. [Heck S. 595 fg.]

Ladung (oder Schiff und Ladung)[8], andererseits aber auch die Ersatzberechtigten selbst einen verhältnißmäßigen Theil tragen[9]. Bei der Schätzung der geretteten Sachen wird ihr jetziger Werth zu Grunde gelegt[10].

3. Was Jeder zu fordern hat, hat er vom Schiffer zu fordern. Dieser zieht seinerseits die auf das gerettete Gut fallenden Beiträge ein, und braucht bis zur Zahlung derselben das Gut nicht herauszugeben[11]. Zahlungsunfähigkeit eines Beitragspflichtigen fällt nicht dem Schiffer zur Last, sondern erhöht die Beitragsquoten der Uebrigen[12]. —

Die Ausdehnung dieser Grundsätze auf andere Fälle, wo Jemand Sachen verschiedener Eigenthümer, zu deren Herausgabe er verpflichtet ist, in Händen hat, und die Sachen des Einen durch Aufopferung der Sachen des Andern rettet, läßt sich nicht abweisen[13].

Ist etwas zur Abwendung einer gemeinschaftlichen Gefahr aufgewendet worden, ohne daß ein Ersatzanspruch auf ein bestehendes obligatorisches Verhältniß gestützt werden kann, so ist ein Ersatzanspruch nur begründet nach den Grundsätzen von der Geschäftsführung und der ungerechtfertigten Bereicherung[14]. Der allgemeine Satz, daß, wer von einem Mehreren drohenden Schaden allein betroffen worden ist, gegen die Uebrigen einen Ersatzanspruch habe, ist nicht gerechtfertigt[15].

---

[8] L. 2 § 2 D. h. t. Ausgenommen ist nur der gerettete Mundvorrath. Weiter in den Ausnahmen geht das HGB. Art. 725.

[9] L. 1 D. h. t. „Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est". Man kann auch so sagen: die Einzelnen sind beitragspflichtig: 1) mit dem Werth des Geretteten, 2) mit der Summe, welche ihnen bei Berechnung der Ersatzsumme gut geschrieben wird. [Heck S. 616 fg.] Vgl. HGB. Art 718—724. [Beitragspflicht der Fracht nach röm. R.? Heck S. 619.]

[10] L. 2 § 4 l. 4 § 2 D. h. t.

[11] L. 2 pr. D. h. t. Ein directes Forderungsrecht der Ersatzberechtigten gegen den Eigenthümer des geretteten Gutes ist nach gemeinem Recht nur insoweit begründet, als die actio negotiorum gestorum contraria Platz greift (Note 14). Anders nach dem HGB. Vgl. überhaupt das. Art. 727—734.

[12] L. 2 § 6 D. h. t.

[13] Eben weil sie von den Römern auf die Regeln des Miethvertrages zurückgeführt worden sind und aus diesen sich ergeben. Sie müssen daher nicht nur bei anderen Fällen des Miethvertrages zur Anwendung kommen, so namentlich beim Fluß- und Landtransport, sondern auch z. B. beim Leihvertrag, und überhaupt in allen Fällen, in welchen in gleicher Weise Ersatzverbindlichkeit und Ersatzanspruch in derselben Person zusammentreffen. [A. M. Goldschmidt S. 61, Heck S. 589 fg. (mit Ausnahme des Flußtransports).]

[14] S. § 431 Note 13. 13a. 18.

[15] Vgl. zu dieser und der vorhergehenden Note: Glück XIV S. 233. 234

4. Andere gegenseitige Verträge über Gebrauch von Sachen und Diensten.

§ 404.

Wenn für Gebrauch von Sachen und Diensten nicht Geld, sondern eine andere Gegenleistung versprochen wird, so nennt man den Vertrag nicht Miethvertrag. Aber es gelten für denselben die gleichen Grundsätze, wie für den Miethvertrag[1].

Ebenso spricht man nicht von Miethvertrag, wenn gegen Entgelt eine Dienstleistung versprochen wird, welche allein oder vorwiegend in freier geistiger Thätigkeit besteht[2]. Aber auch in diesem Falle gelten die gleichen Regeln, wie für den Miethvertrag[3]. Namentlich

---

und die daselbst Citirten, Thibaut Lehrb. § 644 und Arch. f. civ. Pr. VIII S. 146, W. Sell Versuche I S. 100, Unterholzner § 510. 1, Seuffert § 432 a. E., Puchta § 368 a. E., Sintenis § 118 Anm. 199, Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 347 fg., [Goldschmidt und Heck an den in der vorigen Note citirten Stellen.] Ihering leitet einen Ersatzanspruch her aus der bloßen Thatsache der Gemeinsamkeit der Gefahr: ebenso Bruns in v. Holtzendorff's Encyclop. I § 73 Nr. 2 und Eck die doppelseitigen Klagen S. 137. 138. Ich kann nicht zustimmen; vgl. § 449 Note 11a. Man nehme an, daß Jemand etwas aufgewendet hat, um sein Grundstück vor einer Wassergefahr zu retten, die, wenn er sie nicht abgewendet hätte, auch andere Grundstücke betroffen haben würde, und daß er in dem geretteten Grundstück ein volles Aequivalent für die gemachte Aufwendung hat: Ihering und die beiden anderen genannten Schriftsteller müssen ihm einen Ersatzanspruch gewähren, ich würde ihm denselben versagen. Wenn er ihm gewährt wird, so wüßte ich nicht, aus welchem Grunde ein Ersatzanspruch demjenigen versagt werden sollte, welcher für sein Grundstück eine Aussichtsgerechtigkeit gekauft hat, die auch anderen benachbarten Grundstücken zu Gute kommt und sie vielleicht vor einer bedeutenden Werthminderung schützt.

§ 404. [1] Bei den Römern unterschied sich ein solcher Vertrag von dem Miethvertrage dadurch, daß er nicht schon durch die Beredung, sondern erst durch die von einer Partei gemachte Leistung rechtsverbindlich wurde — es entstand aus demselben nur die actio praescriptis verbis. L. 5 § 2 l. 17 § 3 D. de praescr. verb. 19. 5, § 2 I. de loc. 3. 24.

[2] Die Neueren sprechen in diesem Falle von operae liberales. Vgl. Unterholzner II S. 344. b. „Bei dergleichen Diensten mit den Neueren von operae liberales zu sprechen, klingt ungefähr, als wenn man bei uns von einem wissenschaftlichen Handwerk reden wolle". Cic. de officiis I c. 42 § 150: „illiberales et sordidi quaestus mercenariorum omniumque, quorum operae, non artes emuntur".

[3] Auch wenn freies Kündigungsrecht im Sinne des Vertrages liegt, braucht nicht zur Kategorie des Mandats gegriffen zu werden, wie in früheren Auflagen dieses Lehrbuchs geschehen war; denn auch bei der Dienstmiethe ist freies Kündigungsrecht nicht ausgeschlossen. Vgl. Dankwardt Jahrb. f. Dogm. XIII S. 308 fg. Immerhin iist es nicht unwichtig, ausdrücklich darauf aufmerksam zu machen, daß bei Verträgen dieser Art freies Kündigungsrecht im Sinne der Parteien liegen kann. Wächter II S. 452. 478. Vgl. Seuff. Arch. III. 49,

haftet der Schuldner auch hier nicht bloß wegen Arglist, sondern auch wegen Nachlässigkeit und wegen des Mangels derjenigen Kenntnisse und Fähigkeiten, welche der seine Dienste in Anspruch Nehmende bei ihm voraussetzen durfte[4]. Wenn ferner dem Schuldner die Verrichtung

---

XXIX. 126. — Für die Römer war die Kategorie des Mandates die einzige juristische Kategorie, unter welche eine Beredung dieser Art gestellt werden konnte. [Vgl. hierzu Löwenfeld (s. unt.) S. 386 fg. 399, Pernice Zeitschr. d. Sav.-Stift. IX S. 242 fg.] Wo diese Kategorie versagte, wurde das Geschäft als außerhalb des eigentlichen Rechtsgebietes liegend angesehen, und es blieb nichts übrig, als zu versuchen, ob nicht von dem Inhaber der Jurisdictionsgewalt mit Rücksicht auf die Umstände des besonderen Falles ein außerordentliches Einschreiten (extraordinaria cognitio) zu erlangen sei. Hierfür bildete sich allmälig doch wieder eine gewisse Regel aus, namentlich was die Eintreibung des rückständigen Honorars anging, s. l. 1. 4 D. de extraord. cogn. 50. 13, tit. Dig. 50. 14 de proxeneticis. Für einen einzelnen Fall, den Fall falscher Berechnung durch einen Feldmesser (mensor), war im praetorischen Edict auch Bestellung eines iudicium versprochen (Dig. 11. 6 si mensor falsum modum dixerit). S. übrigens auch Note 4. Ueber den s. g. contractus suffragii s. l. un. C. de suffragio 4. 3, Nov. 8 c. 1. Vgl. überhaupt Unterholzner II § 251. Heutzutage würde man die realen Verhältnisse und den darauf gebauten Sinn der Contrahenten sehr verkennen, wenn man Verträge dieser Art einer anderen rechtlichen Beurtheilung unterwerfen wollte, als gegenseitige Verträge überhaupt. Die Benützung geistiger Thätigkeit zum Erwerbe gilt heutzutage nicht nur nicht als eine Verletzung des Anstandes und der Würde, sondern hat auch längst aufgehört, etwas Außergewöhnliches und Auffälliges zu sein. Sie bildet einen Factor im Vermögensverkehr, wie jeder andere Factor, und kann daher — im Principe — für die rechtliche Beurtheilung eine Ausnahmsstellung ebensowenig verlangen, wie sie sich dieselbe gefallen zu lassen braucht. Vgl. die treffliche Darstellung von Ihering der Zweck im Rechte I S. 113 fg. 119 fg. 192 fg. (2. Aufl. S. 106 fg. 112 fg. 186 fg.). Sintenis § 113. I Nr. 2 und § 119. I. A. M. Brinz 2. Aufl. II § 334 Note 14; [Löwenfeld (s. unten) S. 465 fg.] Das Verhältniß wird auch dadurch nicht geändert, daß die Personen, welche solche Dienste leisten, zu diesem Ende vom Staate eine Approbation, Concession, Anstellung erhalten haben, wie Advocaten, Notare, Aerzte, Lehrer ꝛc. — wohl freilich dadurch, daß sie vom Staate berufen sind, in dessen Namen, als Organe desselben, thätig zu werden. In diesem letzteren Falle, welcher z. B. beim Richter vorliegt, wird allerdings mit denselben kein Contract abgeschlossen, sondern sie gewähren ihre Thätigkeit kraft des ihnen vom Staate ertheilten Auftrages. A. M. auch in Betreff des Advocaten, so wie „des Rechtsconsulenten, des Lehrers, des Arztes, des agrimensor u. s. w.", Wetzell Civilproceß § 8 von Note 35 an, aber nicht mit Berufung auf die öffentliche Stellung dieser Personen, sondern weil die Dienste derselben „kein Vermögensinteresse darbieten". Die letztere Behauptung ist in dieser Allgemeinheit gewiß unrichtig, und würde, wenn sie richtig wäre, die daraus gezogene Consequenz nicht rechtfertigen (§ 250 Note 3). — Im Besonderen über das Rechtsverhältniß zwischen Advocaten und Clienten vgl. Dankwardt Jahrb. f. Dogm. XIII. S. 367 fg. — [Die Schrift von Löwenfeld, Inästimabilität und Honorirung der operae liberales nach röm. R., in der Festgabe für Planck 1887, ist vorzugsweise culturhistorischen Inhalts.]

[4] Wer die Dienste eines Menschen in Anspruch nimmt, welcher von dem Besitze einer Kunst oder Wissenschaft Profession macht, darf, abgesehen von be-

der Dienste, wenngleich ohne seine Schuld, unmöglich wird, so hat er keinen Anspruch auf die Gegenleistung[5], während Nichtabnahme der Dienste durch den Gläubiger ihn, vorausgesetzt daß er seine Dienste

sonderen Umständen, voraussetzen, daß derselbe diejenigen Kenntnisse und Fähigkeiten habe, welche man in dieser Wissenschaft oder Kunst bei gewöhnlichem Fleiße und gewöhnlicher Gewissenhaftigkeit zu erwerben im Stande ist. Besondere Anlagen oder auch nur Anlagen überhaupt anzunehmen, hat er kein Recht. Seuff. Arch. XXXI. 234, vgl. XX. 204. Was Sintenis II S. 339 sagt, daß „bei solchen Geschäften, wornach ein Dienst mittelst Anwendung einer Kunst oder Wissenschaft zu leisten ist", nur wegen culpa lata gehaftet werde, halte ich nicht für begründet; auch stimmt dazu nicht, was Sintenis selbst § 119 Anm. 2 ausführt. Das römische Recht erklärt allerdings den mensor (Note 3) nur für haftbar wegen dolus und lata culpa; aber die Beredung mit dem mensor galt den Römern auch nicht als eigentliches Rechtsgeschäft (l. 1 § 1 D. si mensor: „visum est enim, satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est", s. auch l. 2 D. de proxenet. 50. 14), und dieser Grund fällt heutzutage weg (Note 3). Uebrigens hat sich bei den Römern auch schon eine andere Auffassung des Vertrages mit dem mensor geltend gemacht, wonach dieser Vertrag sogar unter den Gesichtspunkt der Dienstmiethe gestellt wurde. S. l. 4 § 1 D. fin. reg. 10. 1 und über eine Stelle der s. g. lex Thoria (c. 44) Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. X S. 136 fg.; über die mensores überhaupt s. dens. das. S. 412 fg. und Hesse Arch. f. prakt. RW. N. F. XIV. S. 151 fg., [Löwenfeld S. 443 fg.] Vgl. auch Schloßmann der Vertrag S. 293 fg., Pernice Labeo II S. 293 fg. Was den Arzt angeht, s. noch l. 6 § 7 D. de off. praes. 1. 18, l. 7 § 8 l. 8 pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2, § 6. 7 I. eod. 4. 3 (auch hier haben die Römer den Gesichtspunkt der Dienstmiethe nicht fern gehalten, l. 7 § 8 cit., vgl. dazu l. 26 § 1 D. de praescr. verb. 19. 5 nach der Restitution von Mommsen in seiner Ausgabe und Hesse Arch. f. prakt. RW. N. F. XIV S. 55—69. 113—130, [Löwenfeld S. 420 fg., Pernice Zeitschr. d. Sav.-Stift. IX S. 247 Note 6]); in Betreff des Advocaten l. 14 § 1 C. de iud. 3. 1. — A. M. auch hier Wetzell a. a. O., welcher den Advocaten für levis culpa nur wegen der ausdrücklichen Vorschrift der Reichsgesetze (das. Note 17) haften läßt. Vgl. Entscheid. des RG. X S. 138. In Betreff des Arztes ist a. M. Zimmermann Arch. f. civ. Pr. LVI S. 222 fg.; dawider Hesse a. a. O. S. 1 fg. 130 fg. Uebereinstimmend in Betreff des Notars Regelsberger civilrechtl. Erörterungen I S. 185—187. Seuff. Arch. XXVII. 136.

[5] Vgl. § 401 Note 6. Besonderes Recht galt bei den Römern für den patronus fisci; sein Gehalt wurde für das ganze Jahr, in welchem er gestorben war, seinen Erben ausbezahlt. L. 15 § 1 l. 22 § 6, l. 24 § 6 C. de advoc. divers. iudiciorum 2. 7 [l. 15 § 1 C. de advoc. 2. 7, l. 3 § 6 l. 5 § 6 C. de advoc. divers. iudiciorum 2. 8]. Ob auch für die gewöhnlichen Advocaten der Satz galt, daß schuldlose Verhinderung in der Führung des übertragenen Processes sie des Anspruchs auf das bedungene Honorar nicht beraube, ist doch sehr zweifelhaft. Die Quellen (l. 38 § 1 D. loc. 19. 2, l. 1 § 13 D. de extr. cogn. 50. 13, l. 11 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6) reden nur davon, daß das empfangene Honorar nicht zurückgegeben zu werden brauche, und dieß erklärt sich (einmal angenommen, daß aus dem Honorarversprechen keine eigentliche Verbindlichkeit entsteht) vollkommen aus dem Recht der Voraussetzung (I § 100 Note 6). Vgl. auch Mommsen Beiträge I S. 360—362, Wetzell Civilpr. § 8 Note 53—55, Puntschart die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Privatr. S. 422 fg.

nicht anderweitig in entsprechender Weise verwerthet hat, des Anspruchs auf die Gegenleistung nicht beraubt[6]. Auch hier ist es nicht erforderlich, daß die Gegenleistung ausdrücklich versprochen werde; wer Dienste von Jemandem in Anspruch nimmt, von dem er weiß, daß er solche Dienste nur gegen Entgelt leistet, verpflichtet sich, demselben zu leisten, was er fordern wird, vorausgesetzt daß seine Forderung nicht unbillig ist[7]. Die Frage, ob die Gegenleistung für die Leistung der Dienste selbst gefordert werden kann, oder nur für einen bestimmten durch die Dienstleistung erzielten Erfolg, läßt sich nur nach den Umständen des einzelnen Falles beantworten[8].[9] —

Ein dem Miethvertrag verwandter Vertrag ist auch der Vertrag, durch welchen eine Sache zur Emphyteuse oder Superficies gegeben wird. Aber auch abgesehen davon, daß diese Rechtsverhältnisse zunächst dinglicher Natur sind, tritt für ihre rechtliche Ordnung der Vertrag in den Hintergrund und die gesetzliche Regel in den Vordergrund, so daß die gleichen Grundsätze für sie auch da gelten, wo sie nicht vertragsmäßig begründet worden sind.

---

[6] L. 19 § 10 D. loc. 19. 2, l. 4 D. de off. ass. 1. 22. Vgl. § 401 Note 7, und über den Schluß der zuletzt genannten Stelle Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. II S. 139, Puntschart a. a. O. S. 421 fg.

[7] Vgl. § 399 Note 14 und die das. Citirten, § 386 Note 5e. Seuff. Arch. IV. 217, XX. 30, XXI. 47. 48. 49, XXXIV. 113. 114. Kierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck 1865 S. 1123—1124.

[8] Dem Advocaten wird ein Lohn versprochen nicht für die Gewinnung, sondern für die Führung des Processes, dem Arzte nicht für die Heilung, sondern für die Behandlung des Kranken — dem Makler dagegen nur für die Vermittelung des Geschäftes, nicht für seine Bemühungen um die Vermittelung. Sintenis § 119 Anm. 5. Seuff. Arch. X. 43, XXII. 134, XXVI. 240, XXVII. 225, XXIX. 125, XXX. 21. 22. 140, XXXIII. 298, XXXIV. 115, XXXVII. 306 (RG., Entscheid. VI S. 187), XXXVII. 307, XXXIX. 102, XL. 16, [XLIV. 249, XLV. 13]. Bl. f. RAnw. XLII S. 305 fg. Vgl. über den Makler noch Seuff. Arch. XII. 155, XIV. 229, XXV. 210, XXX. 124; XIII. 14, XIV. 124, XXII. 39. Ferner Kuhn zur Lehre vom Mäklergeschäft, Arch. für prakt. RW. N. F. VI S. 221—255 (1869).

[9] Besondere Vorschriften über die Honorarverträge mit dem Advocaten: l. 1 § 10. 12 D. de extr. cogn. 50. 13, l. 7 D. mand. 17. 1, l. 5 l. 6 § 2 C. de post. 2. 6, K. G. O. I. 46 § 1, R. D. A. 1557 § 50. Bayer Vorträge § 101, Wetzell Civilproc. § 8 hinter Note 38. Emminghaus Arch. für prakt. RW. N. F. II S. 227 fg. III S. 347 fg. (1865. 1866). — Ungültigkeit des Honorarversprechens an den Arzt, zu welchem der Kranke durch Mißbrauch der ärztlichen Gewalt oder durch seine eigene Furcht bestimmt worden ist. L. 3 D. de extr. cogn. 50. 13, l. 9 C. de prof. et med. 10. [53] 52. — Unbestimmte Zusagen eines Honorars verpflichten ebensowenig wie unbestimmte Zusagen überhaupt. L. 56 § 3 D. mand. 17. 1, l. 17 C. eod. 4. 35. Seuff. Arch. X. 241 a. E., XVII. 124. Anders verstehen diese Stellen Unterholzner § 251. u, Sintenis II S. 682.

E. Die Gesellschaft*.

1. Begriff und Abschluß.

§ 405.

Der Gesellschaftsvertrag ist gerichtet auf die Vereinigung von Leistungen Zweier oder Mehrerer in gemeinschaftlichem Interesse; die Leistung einer jeden der vertragschließenden Parteien soll nicht der anderen oder den anderen ausschließlich zu Gute kommen[1], sondern es soll durch die Zusammenwirkung der Leistung Aller ein Erfolg erzielt werden, welcher Allen zu Gute kommt[1a]. Im Besonderen kann der Gesellschaftsvertrag einen sehr verschiedenen Inhalt haben.

1. Das Endziel des Vertrages ist möglicherweise die durch die einzelnen Leistungen unmittelbar zu bewirkende Vermögensgemeinschaft. Diese Vermögensgemeinschaft kann eine mehr oder minder umfassende sein; sie kann sein eine Gemeinschaft des ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens[2], bloß des gegenwärtigen oder bloß des zukünftigen Vermögens[3], bloß einer gewissen Art des Erwerbes[4], einzelner bestimmter Sachen[5].

2. Das Endziel des Vertrages ist die Erreichung eines außer=

---

* Societas. Inst. 3. 25 de societate. Dig. 17. 2 Cod. 4. 37 pro socio. — Kritz Pandektenrecht Thl. I Bd. 2 S. 23—190 (1837). Glück XV S. 371—476; Unterholzner II S. 378—392, Sintenis II § 121, Vangerow III § 651—655, Brinz 2. Aufl. II § 335. — Zur geschichtlichen Entwickelung des röm. Gesellschaftsvertrages: Lastig Zeitschr. f. Handelsr. XXIV S. 409 fg., Pernice Zeitschrift der Sav.=Stift. III S. 48 fg.

§ 405. [1] Vgl. l. 13 § 1 D. de praescr. verb. 19. 5: — „nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit“.

[1a] Es ist aber kein Grund vorhanden, deßwegen den Gesellschaftsvertrag aus der Reihe der gegenseitigen Verträge auszuschließen, wie Kuntze zu Holzschuher III S. 38 vorschlägt. Der Gesellschaftsvertrag ist nur ein gegenseitiger Vertrag besonderer Art.

[2] L. 1 § 1 l. 3 § 1 l. 5 pr. l. 65 pr. § 3 l. 73 D. h. t. [Dernburg II § 125.]

[3] Wie ist es, wenn der Gesellschaftsvertrag auf den künftigen „Erwerb“ gerichtet ist? In l. 8. 13 D. h. t. (s. auch l. 71 § 1 eod., l. 45 § 2 D. de A. v. O. H. 29. 2) wird „quaestus“ ausgelegt = Verdienst, so daß die societas quaestus den künftigen Erwerb aus Schenkungen und letztwilligen Zuwendungen nicht ergreifen soll. Nach l. 7 D. h. t. soll, wenn einfach ausgemacht sei, man gehe eine Gesellschaft ein, im Zweifel angenommen werden, es sei eine societas quaestus gemeint — eine Wortinterpretation, welche für unsere Verhältnisse gewiß nicht begründet ist. Vgl. Sintenis Anm. 11.

[4] L. 3 § 2 D. h. t.: — „ut si qua iusta hereditas alterutri obvenerit communis sit“. Vgl. auch Note 3.

[5] L. 58 pr. i. f. D. h. t. In l. 5 pr. l. 65 pr. D. h. t. unter „res“ ohne Zweifel „Geschäft“ zu verstehen. Vgl. l. 65 § 10 D. h. t. — Gemeinschaft bloß in Betreff des Gebrauchs: vgl. Stölzel über die „Rechtsverhältnisse an gemeinschaftlichen Winkeln“, Arch. f. prakt. RW. N. F. IV S. 1 fg. (1867).

halb der Leistungen der Gesellschafter liegenden Zweckes, dessen Erreichung durch ihre Leistungen ermöglicht werden soll. Dieser Zweck muß ein erlaubter[6], kann im Uebrigen von der verschiedensten Art sein. Der Hauptfall ist, wo der Gesellschaftszweck in der Erzielung eines Vermögensgewinnes besteht[7], mag dieser Vermögensgewinn durch Geschäftsthätigkeit erzielt werden sollen, oder in anderer Weise[8]. Unter den Fällen, wo der Vermögensgewinn durch Geschäftsthätigkeit erzielt werden soll, ist der bei weitem wichtigste der, wo die Absicht nicht auf ein einzelnes Geschäft[9], sondern auf eine fortlaufende Geschäftsthätigkeit[10] gerichtet ist. Hierher gehört die Handelsgesellschaft, welche im modernen Recht mannigfach in eigenthümlicher und vom römischen Recht abweichender Weise entwickelt worden ist, und für welche jetzt in Deutschland das deutsche Handelsgesetzbuch die fast ausschließliche[10a] gemeinrechtliche Quelle bildet[11]. — Die Beiträge der Parteien, durch welche die Erreichung des gemeinschaftlichen Zweckes ermöglicht werden soll, können in Sachen, körperlichen oder unkörperlichen, oder in Arbeit[12] bestehen. Bestehen sie in Sachen, so ist entweder möglich, daß diese Sachen dem Rechte nach gemeinschaftlich gemacht, oder daß sie nur zum Zweck des Gebrauchs, der Benützung, der Verwendung, der Veräußerung, zur Verfügung gestellt werden

---

[6] L. 57 D. h. t., l. 70 i. f. D. de fidei. 46. 1. Seuff. Arch. IX. 287, XIII. 257.

[7] Der Zweck kann aber auch z. B. Vergnügen, Geselligkeit, Belehrung, Förderung von Wissenschaft, Kunst, Religion sein, oder wenn auch ein Vermögenszweck, doch nicht die Erzielung von Gewinn, s. z. B. l. 52 pr. § 11. 12. 13 l. 65 § 2. 4 D. h. t. — Von dem Fall, wo der Gesellschaftszweck die Erzielung von Vermögensgewinn ist, handelt die Schrift von Treitschke: die Lehre von der unbeschränkten obligatorischen Gewerbegesellschaft und von Commanditen. Nach römischem Recht, mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen. 1844.

[8] Z. B. durch Fruchtziehung (l. 52 § 2 D. h. t.), durch Ertheilung von Unterricht (l. 71 pr. D. h. t.), durch schauspielerische Darstellung oder andere öffentliche Aufführungen, durch Ausstellung von Kunstwerken. Vgl. Seuff. Arch. XXVI. 27.

[9] L. 58 pr. D. h. t., l. 44 eod., l. 2 C. h. t., l. 13 § 1 D. de praescr. verb. 19. 5; vgl. l. 31—33 D. h. t. Thöl Handelsr. I § 48. 6. Aufl. § 203. Seuff. Arch. X. 45.

[10] L. 5 pr. l. 52 § 4. 5 D. h. t. Seuff. Arch. XVIII. 36.

[10a] S. HGB. Art. 10.

[11] HGB. Buch II. Die besonderen Vorschriften desselben können hier nur angedeutet werden. Für das römische Recht s. Rösler die rechtliche Natur des Vermögens der Handelsgesellschaften nach römischem Recht, Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 252—326, für das Recht vor und außer dem HGB. Thöl Handelsr. I § 34—38. 5. Aufl. § 116—120, und die in Note 7 citirte Schrift von Treitschke.

[12] § 2 I. h. t., l. 52 § 2. 7 l. 80 D. h. t., l. 1 C. h. t. Beitrag bestehend in der Ueberlassung einer Bestellung: Seuff. Arch. XXXIV. 205.

sollen[13]. Daß die zu leistende Arbeit einen Geldwerth habe, ist nicht nothwendig[14], obgleich dieß das Regelmäßige ist.

Aus dem Begriff der Gesellschaft folgt, daß jeder Gesellschafter einen Beitrag geben, und einen Antheil an dem Gesellschaftsvortheil haben muß; ist das Eine oder das Andere nicht der Fall, so liegt nicht Gesellschaft vor, sondern eine unter dem Namen der Gesellschaft versteckte Schenkung[15]. Dagegen wird der Begriff des Gesellschaftsvertrages dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Größe des Antheils eines Gesellschafters der Größe seines Beitrages nicht entspricht[16]. Auch das kann bei der Gesellschaft ausgemacht werden, daß, wenn sich als Resultat der gemeinschaftlichen Unternehmung Schaden ergeben sollte, derselbe nach einem andern Verhältniß getheilt werden solle, als der sich etwa ergebende Gewinn, selbst das, daß der Schaden einen Gesellschafter allein treffen solle[17].

Geschlossen wird der Vertrag durch die erklärte Einigung der Parteien über die wesentlichen Punkte. Einer Form bedarf die Erklärung dieser Einigung nicht[18].

---

[13] L. 58 pr. § 1 l. 52 pr. D. h. t. Ob das Eine oder das Andere gewollt sei, ist lediglich nach den Umständen des einzelnen Falles zu bestimmen. Vgl. Gesterding Irrthümer S. 291 fg., Guyet Abhandlungen Nr. 9, Treitschke § 32. 33, Vangerow § 651 Anm. 2, Sintenis Anm. 24, Holzschuher III § 304 Nr. 4, Rösler Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 259—261. — HGB. Art. 91.

[14] S. § 251 Note 3.

[15] L. 29 § 2 D. h. t., l. 5 § 1 eod., l. 16 § 1 D. de min. 4. 4, l. 32 § 24 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Seuff. Arch. XVI. 110. Vgl. das. XXI. 120, XXXII. 134. Ueber l. 69 D. h. t. (eine der sieben leges damnatae) vgl. Glück XV S. 449 fg., Leist Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVII S. 350 fg., Kohler Annalen der Großh. Badischen Gerichte 1875 S. 344. 355 fg.

[16] Scheinbar widersprechend ist l. 29 pr. D. h. t., vgl. § 1 eod. Aber diese Stelle will wohl nur sagen, daß in einem solchen Falle der Vertrag nicht ausschließlich als Gesellschaftsvertrag, sondern auch als Schenkungsvertrag gelte (s. g. negotium mixtum donatione). Wenigstens ist nicht abzusehen, weßwegen eine Vereinbarung der gedachten Art den ganzen Gesellschaftsvertrag eher ungültig machen sollte, als der Kaufvertrag durch zu niedrige Ansetzung des Kaufpreises ungültig wird (l. 38 D. de contr. emt. 18. 1, l. 5 § 5 D. de don. i. v. e. u. 24. 1). S. auch § 1 I. h. t. Treitschke § 4, Unterholzner § 383 Note t, Sintenis Anm. 35 a. E.

[17] L. 29 § 2 l. 30 D. h. t., § 2 I. h. t. Vangerow § 651 Anm. 1. Ist bloß über den Antheil am Gewinn, oder bloß über den Antheil am Schaden etwas ausgemacht, so gilt die gleiche Festsetzung auch für das Gegentheil § 3 I. h. t.

[18] Für den Handelsvertrag erfordert das HGB. (Art. 85—89. 151—154) öffentliche Bekanntmachung durch Eintragung in das Handelsregister, jedoch nicht als Bedingung der Gültigkeit. S. auch Thöl 6. Aufl. I § 117 Note 8. — Verstellung von Bestimmungen des Vertrags auf das Ermessen eines Dritten oder eines Gesellschafters: l. 75—80 l. 6 D. h. t. Bedingung und Befristung: l. 1 pr. D. l. 6 C. h. t. Stillschweigender Abschluß: Holzschuher III § 304 Nr. 1.

2. Rechtsverhältnisse.

a. Nach Innen.

§ 406.

Die Verpflichtungen der Gesellschafter gegen einander stehen unter freiem richterlichen Ermessen[1]. Die Hauptpunkte sind folgende.

1. Jeder Gesellschafter hat den versprochenen Beitrag zu liefern, also, wenn derselbe in Arbeit besteht, die betreffenden Dienste zu leisten[2]. Wird ihm die Lieferung des versprochenen Beitrages unmöglich, so haftet er außer wegen Arglist auch wegen derjenigen Nachlässigkeit, welche er in eigenen Angelegenheiten nicht zu begehen pflegt[3]. Ist die Unmöglichkeit ohne Schuld des Gesellschafters eingetreten, so braucht er zwar keinen Ersatz zu leisten, kann aber auch nicht fordern, daß die anderen Gesellschafter ihre Beiträge liefern, ausgenommen in dem Falle, wo von seiner Seite bereits eine Entäußerungserklärung vorliegt[4].

---

[1] Die actio aus dem Gesellschaftsvertrag (actio pro socio) ist actio bonae fidei, § 28 I. de act. 4. 6, l. 52 § 1 D. h. t. Dieselbe ist „ab utraque parte directa", § 2 I. de poena tem. 4. 16. Ueber die Anwendbarkeit der exceptio non adimpleti contractus gegenüber der actio pro socio s. Zimmermann Arch. f. civ. Pr. LIV S. 255 fg. Seuff. Arch. XXV. 237. — Man bemerke: es gibt nur Verpflichtungen der Gesellschafter gegen einander; es gibt nicht Verpflichtungen der Gesellschaft gegen die Gesellschafter oder umgekehrt, als wäre die Gesellschaft eine von den Personen der Gesellschafter verschiedene, eine juristische Person. Wenn man von Verpflichtungen der Gesellschaft und gegen die Gesellschaft spricht, so ist „Gesellschaft" nur ein abgekürzter Ausdruck für die Personen der Gesellschafter. Seuff. Arch. XII. 271 (vgl. III. 198). — Anders bei der Actiengesellschaft; diese ist in Wirklichkeit juristische Person. S. I § 58 Note 5. Ueber die offene Handelsgesellschaft s. § 407 Note 2. § 406.

[2] Bei der Gesellschaft des ganzen Vermögens muß auch dasjenige beigetragen werden, was ein Gesellschafter in Folge einer gegen ihn verübten unerlaubten Handlung, nicht aber, was er durch eigene unerlaubte Handlung erworben hat. L. 52 § 16. 17 l. 53—55 D. h. t. — Bei der genannten Gesellschaft bedarf es für die zur Zeit der Eingehung vorhandenen körperlichen Sachen keiner besonderen Tradition; dieselbe gilt als stillschweigend gemacht (constitutum possessorium). S. I § 171 Note 2. Treitschke § 37. Sintenis Anm. 20.

[3] Die Quellen sagen bald allgemein, der Gesellschafter hafte auch wegen Nachlässigkeit, bald bestimmen sie die Nachlässigkeit, wegen welcher er haftet, näher in der im Text bezeichneten Weise. L. 52 § 2. 3. 11 D. h. t.; l. 72 D. h. t., § 9 I. h. t. Hasse Culpa § 69, Treitschke § 21—24, Ubbelohde Zeitschr. f. Handelsr. VII S. 238—241. — HGB. Art. 94.

[4] S. l. 58 pr. § 1 D. h. t. und § 321 Ziff. 3. Man bemerke in l. 58 pr. cit. die Worte: „si id actum dicatur, ut quadriga fieret eaque communicaretur". Es wird nicht Tradition verlangt, damit der Gesellschafter von der Gefahr des Unterganges der beizutragenden Sache frei sei. Vgl. Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. II S. 143. 144; abweichende Ansichten bei Wächter Arch. f. civ. Pr. XV S. 206—211, Mommsen Beiträge I § 33, Puntschart die

2. Auch in dem Falle, wo der Gesellschafter durch sein Verhalten in Gesellschaftsangelegenheiten der Gesellschaft einen Schaden zufügt, wird ihm als Schuld außer der Arglist nur die zuvor bezeichnete Nachlässigkeit angerechnet[5]. Ueberläßt er die Besorgung von Gesellschaftsangelegenheiten, welche er selbst hätte besorgen sollen, Andern, so haftet er für den daraus entstehenden Nachtheil unbedingt[6].

3. Der Gesellschafter muß herausgeben[7], was er für die Gesellschaft[8] oder aus Gesellschaftsvermögen[9] erworben hat. Umgekehrt kann er Ersatz für die Aufopferungen verlangen, welche er im Interesse der Gesellschaft gemacht hat[10], so wie für den Schaden, welchen er bei Gelegenheit der Besorgung von Gesellschaftsangelegenheiten erlitten hat[11]. — Bei der Gesellschaft des ganzen Vermögens kann der Gesellschafter verlangen, daß alle Schulden aus der Gemeinschaft be-

---

fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Privatrechts S. 479 fg. [Loewy Unmöglichkeiten der Leistung (§ 321 Note 10) S. 113 fg., Dernburg II § 126 Note 18.]

[5] L. 52 § 2. 3. 11 D. h. t. in Verbindung mit dem in Note 3 Gesagten. Zu l. 52 § 3 cit. vgl. § 264 Note 9 lit. b. S. auch l. 10 pr. D. de compens. 16. 2 und dazu Dernburg Compensation 2. Aufl. S. 333 fg. — Seuff. Arch. IX. 28.

[6] L. 23 pr. § 1 D. h. t. Vgl. § 401 Note 5, auch § 258 Note 4. Burchardi über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen S. 46 fg., v. Wyß die Haftung für fremde Culpa S. 111 fg., Ubbelohde Zeitschr. für Handelsr. VII S. 285 fg., Goldschmidt das. XVI S. 318.

[7] D. h. in das gemeinschaftliche Vermögen bringen (communicare), l. 67 pr. D. h. t. Unter Umständen auf Grund einer vorher gelegten Rechnung, vgl. § 430 Note 9. Seuff. Arch. XXIX. 235.

[8] L. 52 pr. l. 67 pr. l. 74 D. h. t. Vgl. l. 52 § 5 D. h. t. Seuff. Arch. VI. 194. Vgl. XXXIII. 24 (Gewinne aus verbotenem Lotteriespiel).

[9] L. 38 § 1 D. h. t., l. 1 § 1 D. de usur. 22. 1, l. 60 pr. D. h. t.; vgl. l. 63 § 9 D. h. t. Dahin gehört namentlich auch der Nutzen, welchen der Gesellschafter dadurch zieht, daß er Gesellschaftsgeld oder Geld, welches er der Gesellschaft herausgeben müßte, in seinem eigenen Nutzen verwendet, l. 1 § 1 cit., l. 60 pr. cit. („si aut usus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit"; der Anfang der Stelle ist ungeschickt ausgedrückt, vgl. Sintenis Anm. 21, aber auch Mommsen Beiträge III S. 238. 239). Dagegen braucht er Zinsen, welche er von Geld der bezeichneten Art durch Ausleihung für sich zieht, nach allgemeinen Grundsätzen (§ 327 Note 12) nicht herauszugeben, weil er die Gefahr der Ausleihung trägt. Hat er sich aber widerrechtlich in den Besitz von Gesellschaftsgeld gesetzt, so zahlt er Zinsen wegen der dadurch begründeten mora ex re (§ 278 Ziff. 2), l. 1 § 1 cit. (— „quod pecuniam communem invaserit"), und war er verpflichtet, das Geld für die Gesellschaft zinsbar anzulegen, so zahlt er Zinsen als Schadensersatz. Seuff. Arch. XXIX. 130. — HGB. Art. 95.

[10] L. 38 § 1 l. 52 § 10. 12. 15 l. 67 pr. D. h. t., l. 2 C. h. t. Mit Zinsen, weil er sonst keinen vollen Ersatz haben würde; l. 67 § 2 D. h. t. Seuff. Arch. IX. 30. — HGB. Art. 93.

[11] L. 52 § 4 l. 60 § 1 l. 61 D. h. t. Bei Gelegenheit; anders beim Mandate, l. 26 § 6 D. mand. 17. 1. Vgl. § 410 Note 18 und Schirmer Zeitschr.

zahlt werden; nur seine Delictsschulden werden ihm auf seinen Theil allein angerechnet[12].

4. Der Gesellschafter hat Anspruch auf Herausgabe eines verhältnißmäßigen Theils des Gesellschaftsvortheils. Ueber die Größe dieses Antheils entscheidet die Festsetzung im Vertrage; bei Mangel derselben kommt jedem Gesellschafter ein gleicher Antheil zu[13]. Das Gesagte gilt sowohl für die Vertheilung der Einkünfte des gemeinschaftlichen Vermögens bez. des laufenden Gewinnes, als für die Vertheilung des gemeinschaftlichen Vermögens selbst nach Auflösung der Gesellschaft bez. des dann sich herausstellenden Gewinnes[14].

5. Die Gesellschafter haben gegen einander die Rechtswohlthat des Nothbedarfs[15]. Der durch die Zahlungsunfähigkeit eines Gesellschafters entstehende Schaden ist auf alle zu vertheilen[16].

---

s. RGesch. X S. 70—83, Regelsberger Rechtsgutachten i. S. der Bank zu Winterthur gegen Baseler Bankhäuser (Basel 1877) S. 22 fg.

[12] L. 27 l. 73 l. 81 D. h. t., l. 39 § 3 D. fam. erc. 10. 2; l. 52 § 18 l. 59 § 1 D. h. t. Bedingte und befristete Schulden: l. 27. 28 D. h. t., (I § 89. 96).

[13] § 1 I. h. t., l. 29 pr. D. h. t. Es ist zwar vielfach behauptet worden, in diesen Stellen seien unter „aequae, aequales partes", verhältnißmäßig gleiche Theile zu verstehen, aber diese Auslegung ist offenbar willkürlich. Vgl. Vangerow § 655 Anm. und die daselbst Genannten. Seuff. Arch. VII. 175. Die Quellen finden es allerdings durchaus billig, daß der Antheil an dem Gesellschaftsvortheil nach der Höhe des Beitrages bestimmt werde, l. 6 l. 76—89 D. h. t.; nach den oben genannten Stellen aber muß man annehmen, daß sie in der Unterlassung der Festsetzung von Gesellschaftsantheilen entweder die Erklärung finden, die scheinbar ungleichen Antheile seien in der Wirklichkeit gleich, indem nämlich die Persönlichkeit der Gesellschafter mit in die Wagschale gelegt wird (l. 80 i. f. D. h. t.), oder einen Verzicht des einen größeren Beitrag leistenden Gesellschafters. — HGB. Art. 109. „Der Gewinn oder Verlust wird, in Ermangelung einer anderen Vereinbarung, unter die Gesellschaft nach Köpfen vertheilt". Vgl. Art. 268. (Gewinn ist aber nach dem HGB. [Art. 106] nur, was übrig bleibt, nachdem jeder Gesellschafter 4% Zinsen von seiner Einlage bezogen hat.)

[14] Nach Auflösung der Gesellschaft ist, wenn die Gesellschaft lediglich auf Gemeinschaftlichwerden von Vermögensstücken gerichtet war, das vorhandene Vermögen nach den Gesellschaftsantheilen zu vertheilen, ohne Rücksicht auf die Größe der von den einzelnen Gesellschaftern eingeschossenen Beiträge. Dagegen ist bei einer auf Erzielung von Gewinn gerichteten Gesellschaft nach den Gewinnantheilen der einzelnen Gesellschafter eben auch nur der vorhandene Gewinn zu vertheilen, nicht dagegen das vorhandene Vermögen. Gewinn ist aber nur der Ueberschuß über die gemachten Einlagen; jeder Gesellschafter zieht also vorher seine ganze Einlage zurück, und nicht etwa nur den seinem Gewinnantheil entsprechenden Theil derselben. Vgl. hierüber namentlich Vangerow § 651 Anm. 2 Nr. 2. Seuff. Arch. VII. 175. Ueber das HGB. s. Note 13 a. E. — Kann nach Auflösung der Gesellschaft auf Grund des Gesellschaftsvertrages auch reelle Abtheilung des Gemeinschaftlichen verlangt werden? Ohne allen Zweifel, obgleich bei

b. Nach Außen*.

§ 407.

So wenig die Gesellschaft den Gesellschaftern gegenüber eine von ihnen verschiedene Person bildet[1], so wenig thut sie dieß gegenüber Dritten[1a]. Auch Dritten gegenüber gibt es nur Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschafter, nicht Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschaft[2]. Dieß ist von Wichtigkeit namentlich in Betreff der Verbindlichkeiten. Für die in Gesellschaftsangelegenheiten erwachsenden Verbindlichkeiten haftet nicht die Gesellschaft, sondern es haften dafür die Gesellschafter, sämmtliche oder einzelne, und daher, wie für andere Verbindlichkeiten, mit ihrem ganzen Vermögen; sie können nicht etwa die Gläubiger auf das Gesellschaftsvermögen beschränken[3], obgleich sie

---

den Römern dem iudex in der actio pro socio die Adjudicationsbefugniß fehlte. L. 43 D. h. t., l. 1 D. comm. div. 10. 3.

[15] S. § 267 Ziff. 6.

[16] L. 63 § 5 l. 67 pr. D. h. t.

* Vangerow § 653 Anm., Sintenis S. 707—710, Treitschke § 54 fg., Thöl Handelsr. I § 37. 38. 6. Aufl. § 118. 119.

§ 407. [1] S. § 406 Note 1.

[1a] Ueber die römische societas publicanorum s. die I § 57 Note 2a Genannten.

[2] Dieß gilt nicht von der Actiengesellschaft. Gilt es auch nicht von der offenen Handelsgesellschaft? Eine Neigung zur Ausbildung als selbständige Rechtspersönlichkeit läßt sich in derselben nicht verkennen, und so ist auch vielfach, vor und nach dem Handelsgesetzbuch, für die offene Handelsgesellschaft die Eigenschaft einer juristischen Person in Anspruch genommen worden. S. namentlich Gelpcke in seiner Zeitschr. für Handelsrecht Heft 2 Nr. 1, Ladenburg Zeitschr. für Handelsr. I S. 136—141 und Arch. für Wechselr. X S. 227 fg., Salkowski a. a. O. § 7, außerdem die Citate bei Thöl § 39 Note 19. 6. Aufl. § 120 Note 24 und bei Stobbe § 49 a. E. Die Artikel des HGB., welche hier vorzugsweise in Betracht kommen, sind: 111. 113. 119—122. 143. Auch ich möchte glauben, daß die Schwierigkeiten, welche diese Bestimmungen machen, wenn man die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft nicht annimmt, größer sind, als die einer solchen Annahme entgegenstehenden. Die letzteren dürften unschwer zu beseitigen sein. Das Gleiche, wie für die offene Handelsgesellschaft, gilt auch für die Commanditgesellschaft (HGB. Art. 150). Gegen die juristische Persönlichkeit neuestens Laband Zeitschr. f. Handelsr. XXX S. 469 fg. (1885); s. auch Wach Civilproz. I S. 520 fg. [Vermittelnd Bekker Pand. I S. 215 fg.] — Versuche, das Recht der Handelsgesellschaft an die römische Lehre vom Peculium anzuknüpfen oder es darauf zu gründen: Dietzel Zeitschr. f. Handelsr. II S. 1 fg., Rösler das. IV S. 300 fg., Bekker das. S. 537 (vgl. 484 Note 20). Vgl. Regelsberger das. XIV S. 13 fg. Eigenthümliche Auffassung bei Kuntze Zeitschr. f. Handelsr. VI S. 208 fg., welcher das bewegende Princip der Handelsgesellschaft in der deutschrechtlichen Idee der gesammten Hand findet. S. auch Dernburg Preuß. Privatr. II § 221 Note 8. „Die Handelsgesellschaften sind . . keine einfachen und consequenten Gebilde, vielmehr haben Utilitätsgründe in ihnen Zwischenfiguren geschaffen".

[3] So auch bei der offenen Handelsgesellschaft nach HGB. Art. 112. Art. 85

allerdings verlangen können, daß das Gesellschaftsvermögen zuerst angegriffen werde[4]. Die Frage, ob aus den Rechtsgeschäften, welche ein Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten abschließt, auch die übrigen Gesellschafter unmittelbar[5] berechtigt und verpflichtet werden, beantwortet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Danach tritt eine solche unmittelbare Berechtigung und Verpflichtung ein, wenn der Gesellschafter in befugter Vertretung der übrigen Gesellschafter gehandelt hat[6], und zwar sind dann die Gesellschafter berechtigt und verpflichtet nach Gesellschaftstheilen[7]. Hatte der Gesellschafter keine Vertretungsbefugniß, so haften die übrigen Gesellschafter nur, soweit die Gesell=

Abs. 1. Anders bei der Commanditgesellschaft, bei welcher bloß der s. g. Complementar mit seinem ganzen Vermögen, der Commanditist nur mit seiner Einlage haftet. HGB. Art. 150. Bei der „stillen Gesellschaft" des HGB. (Art. 250 fg.) tritt der nur mit seiner Einlage haftende stille Gesellschafter als Gesellschafter gar nicht hervor, so daß die Gläubiger ein Klagerecht bloß gegen den s. g. Complementar haben. Vgl. Thöl Handelsr. I § 40—43a. 6. Aufl. § 102—115.

[4] L. 65 § 14 D. h. t. Diese Stelle handelt zwar nur von dem Fall, wo der Gläubiger seinerseits ein Gesellschafter ist; aber es ist kein Grund vorhanden, ihre Entscheidung auf diesen Fall zu beschränken. Vgl. übrigens Bl. f. RAnwend. zun. in Bayern XXVIII S. 292 (= Seuff. Arch. XXX. 27). [Dernburg II § 127 Note 6.] — HGB. Art. 122.

[5] Unmittelbar, ohne dazwischen liegendes Rechtsgeschäft zwischen den Gesellschaftern.

[6] Vgl. Seuff. Arch. XII. 60. Bei der offenen Handelsgesellschaft steht die Vertretungsbefugniß im Zweifel kraft stillschweigender Einräumung jedem Gesellschafter zu. HGB. Art. 102—104. 114—116. 118. Vgl. Thöl § 38 Nr. 3. 6. Aufl. § 118 Nr. I. IV. Seuff. Arch. II. 179, III. 195. 197. 360, IV. 115, XI. 287, XII. 270; vgl. II. 287. 288, X. 46. Entsch. des RG. II S. 51. Bei andern Gesellschaften haben die Gesellschafter nicht ohne Weiteres Vertretungsbefugniß. Seuff. Arch. XII. 270.

[7] Anders in Betreff der Verpflichtungen die herrschende Meinung, und mit ihr die ersten Auflagen dieses Lehrbuchs. Die herrschende Meinung läßt aus den Rechtsgeschäften eines zur Vertretung befugten Gesellschafters die sämmtlichen Gesellschafter solidarisch verpflichtet werden. Dagegen Buchka Stellvertretung S. 244 fg. und namentlich Kübel Württemb. Arch. f. Recht und Rechtsverw. XI S. 6 fg. XIV S. 317 fg., vgl. auch Römer Abhandlungen I S. 260. Seuff. Arch. XX. 127, XXXVII. 207, vgl. XV. 111. In der That ist die herrschende Meinung nicht haltbar. Wenn mehrere Gesellschafter in eigener Person contrahiren, so haften sie nach Gesellschaftstheilen (l. 4 pr. D. de exerc. act. 14. 1, l. 44 § 1 D. de aed. ed. 21. 1, vgl. l. 11 § 2 D. de duob. reis 45. 2): warum soll es anders sein, wenn sie durch einen Bevollmächtigten contrahiren, und warum anders, wenn dieser Bevollmächtigte selbst Gesellschafter ist? Die herrschende Meinung beruft sich auf l. 1 § 25 — l. 4 § 2 D. de exerc. act. 14. 1, l. 13 § 2. l. 14 D. de inst. act. 14. 3, l. 5 § 1 D. quod iussu 15. 4. Aber diese Stellen handeln nicht von einem Fall der s. g. directen Stellvertretung, welche ja nach römischem Recht unzulässig war; der Vertragschließende, von welchem sie reden, schließt das Geschäft zunächst in eigenem Namen ab. — Für die Handelsgesellschaft ist die solidarische Verpflichtung anerkannt durch das HGB. Art. 112. 269. Vgl. Gensel Arch. f. prakt. RW. N. F. I S. 177 fg.

schaft durch das Geschäft bereichert worden ist[8], und nur für ihren Theil[9]. — Neu eintretende Gesellschafter haften für die früher entstandenen Gesellschaftsverbindlichkeiten nur, wenn sie dieselben mit übernommen haben[10].

3. Beendigung.

§ 408.

Die Gesellschaft hört auf durch den Ablauf der Zeit[1], für welche, und den Eintritt der auflösenden Bedingung, unter welcher sie eingegangen worden ist, durch Erschöpfung[2] oder Unmöglichwerden[3] ihres Zweckes, durch Vereinbarung[3a]; außerdem aber durch einseitigen Rücktritt und durch Tod eines Gesellschafters, so wie dadurch, daß ein Gesellschafter sein ganzes Vermögen verliert.

1. Einseitiger Rücktritt[4]. Derselbe darf nicht unzeitig erfolgen, d. h. nicht in einer die Gesellschaftsinteressen schädigenden Weise; sonst haftet der Rücktretende auf Schadensersatz[5]. Ebensowenig darf der Rücktritt in arglistiger Weise erfolgen, d. h. in der Absicht, einen Gewinn, welcher sonst in die Gesellschaft fallen würde, für sich allein zu ziehen; geschieht er in dieser Weise, so fällt der Gewinn in die Gesellschaft dennoch, während, wenn statt des gehofften Gewinnes sich Schaden ergeben sollte, der Gesellschafter diesen allein trägt[6]. Ist die Gesellschaft für eine gewisse Zeit eingegangen, so ist der Rücktritt vor Ablauf derselben nur aus rechtfertigenden Gründen gestattet[7];

---

[8] L. 82 D. h. t. Vangerow a. a. O. II. 2. b. c., Sintenis a. a. O. Nr. 2 und Anm. 92, Römer Abhandlungen S. 155 fg., Thöl § 37 Note 18. 19. 6. Aufl. § 119 Note 1—3. Letzterer läßt den Gesellschafter auf die Bereicherung auch dann haften, wenn das Geschäft nicht für die Gesellschaft abgeschlossen worden ist. Vgl. darüber und dagegen § 483 Note 5.

[9] L. 10 § 4 l. 13 D. de in rem verso 15. 3.

[10] Welche Uebernahme aber auch durch öffentliche Bekanntmachung geschehen kann. Seuff. Arch. II. 178. Entsch. d. RG. II S. 53. Weiter geht das HGB. Art. 113. Vgl. Thöl Handelsr. § 39. IV Nr. 4. 6. Aufl. § 120 IV Nr. 4.

§ 408. [1] L. 1 pr. D. h. t.

[2] L. 65 § 10 D. h. t., § 6 I. h. t.

[3] L. 63 § 10 D. h. t.

[3a] Ist die Vereinbarung gültig, daß ein Gesellschafter durch Beschluß der Majorität der Gesellschafter ausgeschlossen werden könne? Seuff. Arch. XXXII. 135 (nein).

[4] L. 4 § 1 l. 63 § 10 D. h. t., l. 5 C. comm. div. 3. 37, § 6 I. h. t. Treitschke § 67—79. Seuff. Arch. XX. 44.

[5] L. 14 l. 17 § 2 l. 65 § 5 D. h. t. Seuff. Arch. XXXIX. 300. — Das HGB. Art. 124 verlangt sechsmonatliche Kündigung.

[6] L. 65 § 3. 4 D. h. t., § 4 I. h. t.

[7] L. 14 l. 15 l. 16 pr. l. 65 § 6 D. h. t. Ob ein rechtfertigender Grund

beim Rücktritt ohne rechtfertigenden Grund steht es im Belieben des andern Gesellschafters, ob die Gesellschaft als fortbestehend oder als aufgelöst behandelt werden soll[7a]. Ebenso steht es im Belieben des andern Gesellschafters, von welchem Zeitpunkte an die Gesellschaft als aufgelöst gelten soll, wenn ihm die Rücktrittserklärung erst später zugeht[8].

2. Tod eines Gesellschafters[9]. Die Gesellschaft geht nicht auf die Erben des Gestorbenen über[10], nicht einmal, wenn dieß ausdrücklich ausgemacht worden ist[11]. Jedoch ist der Erbe verpflichtet, sich der von seinem Erblasser begonnenen Geschäfte anzunehmen, wobei er aber nur wegen Arglist und grober Nachlässigkeit haftet[12]. Geschäfte, welche ein Gesellschafter für die Gesellschaft abschließt, ehe er von dem Tode des Gesellschafters erfahren hat, gelten als Gesellschaftsgeschäfte[13].

3. Verlust des ganzen Vermögens[14]. Derselbe kann erfolgen durch Concurs, durch Confiscation[15], in anderer Weise[16]. —

---

vorliege, hat im einzelnen Fall der Richter zu entscheiden. Vgl. Kierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck 1866 Nr. 42. HGB. Art. 125. — Kann der Gesellschaftsvertrag gültig auf Lebenszeit eingegangen werden? Allerdings, l. 1 pr. D. h. t.; nicht steht entgegen l. 70 eod. A. M. Treitschke § 67, Sintenis Anm. 108; Seuff. Arch. XVI. 45.

7a L. 65 § 6 D. h. t. [Dernburg II § 128 Note 11.]

8 Ob die Gesellschaft als aufgelöst gelten soll vom Rücktritt an, oder erst von der Zeit an, wo ihm die Rücktrittserklärung zugegangen ist. L. 17 § 1 l. 65 § 8 D. h. t.

9 § 5 I. h. t.: — „quia, qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit". L. 60 pr. i. f. l. 63 § 10 l. 65 § 9 D. h. t. Nach römischem Rechte wirkte wie der Tod auch die capitis diminutio, l. 4 § 1 l. 63 § 10 D. h. t., Gai. III. 153.

10 L. 63 § 8 l. 65 § 11 D. h. t., l. 6 § 6 D. de his qui not. 3. 2.

11 L. 35 l. 52 § 9 l. 59 pr. D. h. t. Ist dieß nicht durch l. un. C. ut act. et ab her. 4. 11 (§ 316 Note 9. 10) anders geworden? Mir scheint es ungerechtfertigt, die Aufnahme der genannten Pandektenstellen einem bloßen Versehen der Compilatoren zuzuschreiben. A. M. Dietzel Zeitschr. für Civ. u. Pr. N. F. XIII S. 435. 436; s. auch Treitschke S. 196. 197, Holzschuher III § 307 Nr. 2. — Anders HGB. Art. 123 Nr. 2.

12 L. 40 l. 35 D. h. t. (vgl. zu letzterer Stelle l. 68 pr. D. de contr. emt. 18. 1, und überhaupt l. 1 pr. l. 4 pr. D. de fidei. tut. 27. 7). L. 36 l. 65 § 9 D. h. t. sind von der vom Erblasser begangenen Nachlässigkeit zu verstehen.

13 L. 65 § 10 D. h. t.

14 Treitschke § 70. 71.

15 L. 65 § 1. 12 D. h. t., § 7. 8 I. h. t. — Kann der Gesellschafter, welcher den Antheil des Gesellschafters an die Concursmasse herausgibt, seine Forderungen aus der Gesellschaft abziehen? Treitschke § 95. 96. HGB. Art. 126. KO. § 44. — Separationsrecht der Gesellschaftsgläubiger überhaupt? Thöl 4. Aufl. S. 225: „Gemeinrechtlich gilt kein Particularconcurs der Handelsgläu-

Für alle Fälle der Beendigung der Gesellschaft gilt, daß die Gesellschaft fortwirkt für den Erwerb und Verlust, welcher nach ihrer Beendigung durch früher vorgenommene Gesellschaftshandlungen herbeigeführt wird[17]. —

Beschließen nach dem Wegfall eines Gesellschafters die übrigen, in Gesellschaft zu bleiben, so ist dieß Begründung einer neuen Gesellschaft, nicht Fortsetzung der alten[18]. Ein solches Verbleiben in der Gesellschaft kann auch im Voraus ausgemacht werden[19].

F. Der Auftrag*.

1. Begriff und Abschluß.

§ 409.

Durch Ertheilung und Uebernahme eines Auftrages[1] kommt ein Vertrag zu Stande[2], welcher für beide Parteien Verpflichtungen erzeugt (§ 410). Die Thätigkeit, auf welche der Auftrag gerichtet ist, darf keine unerlaubte[3], kann im Uebrigen von der verschiedensten Art sein, namentlich sowohl rechtlicher[4] als factischer Natur. Sie kann ferner eine mehr oder minder umfassende sein; die umfassendste ist die Besorgung aller Angelegenheiten des Auftraggebers[5].

---

diger". Treitschke § 100; fernere Literatur oben § 272 Note 7. KO. a. a. O. „Wer sich mit dem Gemeinschuldner in . . einer Gesellschaft . . befindet, kann wegen der auf ein solches Verhältniß sich gründenden Forderungen abgesonderte Befriedigung aus dem bei der Theilung oder sonstigen Auseinandersetzung ermittelten Antheile des Gemeinschuldners verlangen." Ein Separationsrecht gibt den Gläubigern im Falle des Concurses der Gesellschaft das HGB. Art. 122.

[16] L. 4 § 1 D. h. t. „Dissociamur . . . egestate".

[17] L. 27. 28 l. 38 pr. l. 63 § 8 l. 65 § 2. 9 D. h. t. Seuff. Arch. IX. 30. Vgl. HGB. Art. 130 Abs. 2.

[18] § 8 I. h. t. Vgl. l. 58 § 3 D. h. t. — HGB. Art. 128.

[19] L. 65 § 9 D. h. t., § 5 I. h. t. — HGB. Art. 127.

* Inst. 3. 26 de mandato. Dig. 17. 1 Cod. 4. 35 mandati vel contra. Kritz Pandektenrecht Thl. I Bd. 1 S. 1—114. Glück XV S. 239—370; Unterholzner II S. 585—600, Sintenis II § 113, Holzschuher III § 273, Wächter II S. 450 fg., Brinz 2. Aufl. II § 334.

§ 409. [1] Mandatum. Der Auftraggeber wird in den Quellen mandans oder mandator genannt; die Bezeichnung mandatarius für den Beauftragten ist nicht quellenmäßig.

[2] L. 1 pr. — § 2 D. h. t. Stillschweigende Eingehung: l. 6 § 2 l. 18 l. 23 D. l. 6 C. h. t. Holzschuher a. a. O. Nr. 1. Seuff. Arch. VIII. 254, XII. 269.

[3] L. 6 § 3 l. 22 § 6 D. h. t., § 7 I. h. t.

[4] Z. B. Abschluß eines Rechtsgeschäfts, Führung eines Processes. [Auch der Gerichtsvollzieher bei der Zwangsvollstreckung ist Mandatar: Vereinigte Civilsenate des RG., Entsch. XIV S. 396 (= Seuff. Arch. XLII. 204.]

[5] L. 1 § 1 l. 63 D. de proc. 3. 3, l. 25 § 1 D. de min. 4. 4. — Man-

Der Auftrag ist seiner Natur nach unentgeltlich[6]; doch verträgt er nicht bloß ein freiwillig gegebenes Honorar, sondern auch das Versprechen eines Honorars[7]. —

Der Auftrag hat noch eine andere Seite, als die, daß er Verpflichtungen zwischen den Parteien begründet. Insofern er auf eine Thätigkeit rechtlicher Art gerichtet ist, bewirkt er auch, daß die Handlung des Beauftragten dritten Personen gegenüber dieselbe rechtliche Wirkung habe, als hätte der Auftraggeber sie selbst vorgenommen; mit anderen Worten, in dem bezeichneten Fall liegt in dem Auftrag zugleich eine Vollmacht[8]. Es kann übrigens eine Vollmacht auch ohne Auftrag gegeben werden[9].

2. Verpflichtungen.

§ 410.

Die Verpflichtungen aus dem Auftragsvertrag stehen unter freiem richterlichen Ermessen[1]. Die Hauptpunkte sind folgende.

1. Der Beauftragte ist verpflichtet[2], den übernommenen Auftrag pünktlich auszuführen, und haftet dabei[3] nicht bloß wegen Arglist, sondern auch wegen jeder Nachlässigkeit[4]. Ueberläßt er die Aus-

---

datum incertum: l. 46 D. h. t. Holzschuher a. a. O. Nr. 3. Seuff. Arch. XXXI. 32.

[6] L. 1 § 4 D. h. t. „Mandatum nisi gratuitum nullum est; nam originem ex officio atque amicitia trahit: contrarium ergo (*scr.* vero) est officio merces . .“. § 13 I. h. t.

[7] L. 6 pr. l. 7 D. l. 1 C. h. t.

[8] Unsere Sprache ist hier reicher als die römische, welche für beide Begriffe nur den Ausdruck mandatum hat.

[9] Vgl. l. 42 § 2 D. de proc. 3. 3. „Ea obligatio, quae inter dominum et procuratorem consistere solet, mandati actionem parit. Aliquando tamen non contrahitur obligatio mandati; sicut evenit, cum in rem suam procuratorem praestamus, eoque nomine iudicatum solvi promittimus. Nam si ex ea promissione aliquid praestiterimus, non mandati, sed ex vendito, si hereditatem vendidimus, vel ex pristina causa mandati agere debemus, ut fit, cum fideiussor reum procuratorem dedit“. Vgl. l. 21 § 2 D. de evict. 21. 2.

[1] Die actio mandati ist actio bonae fidei, § 28 I. de act. 4. 6, l. 2 § 3 § 410.
l. 5 pr. D. de O. et A. 44. 7, l. 10 § 3 D. h. t.

[2] Actio mandati directa.

[3] Mag er den Auftrag schlecht, oder mag er ihn gar nicht ausgeführt haben. L. 5. 11 C. h. t., l. 5 § 1 l. 8 § 4. 10 l. 22 § 11 l. 27 § 2 D. h. t.

[4] L. 23 D. de R. I. 50. 17, l. 11. 13. 21 C. h. t., l. 8 § 10 l. 10 § 1 l. 22 § 11 D. h. t. Die Haftung des Beauftragten wegen Nachlässigkeit, obgleich er von dem Geschäft keinen Vortheil hat (§ 265 Ziff. 4), erklärt sich daraus, daß in dem Versprechen, etwas für einen Andern besorgen zu wollen, stillschweigend das Versprechen der Sorgfalt liegt (worauf das deutsche Wort hinweist: besorgen). Vgl. über diesen Punkt Hasse Culpa § 94, Bethmann-Hollweg

führung des Auftrags einem Andern, so ist zu unterscheiden ob ihm dieß nach der ausdrücklichen Bestimmung oder im Sinne des Vertrages gestattet war, oder nicht[5]; im letzten Falle haftet er für die Fehler des von ihm Angestellten unbedingt[5a], im ersten Falle nur dann, wenn er die Untauglichkeit des Angestellten kannte oder kennen mußte[6]. — Was dem Beauftragten zum Zwecke der Ausführung des Auftrages übergeben worden ist, muß er nach Beendigung des Auftrages, insoweit er es nicht dem Auftrage gemäß verbraucht hat, zurückerstatten; ebenso muß er herausgeben, was auf Grund der Ausführung des Auftrages in seine Hände gelangt ist[7]. Zieht er von dem in seinen Händen Befindlichen Früchte oder Zinsen, so muß er auch diese herausgeben[8]; zieht er keine Früchte oder Zinsen, so kommt

das. S. 569, v. d. Pfordten Abhandlungen S. 315, Huschke Zeitschr. für Civ. u. Pr. N. F. V S. 115 fg., Ubbelohde Zeitschr. f. Handelsr. VII S. 225 fg., Ihering Arch. f. prakt. RW. N. F. IV S. 248 fg. Schuldmoment S. 52, Karlowa Rechtsgeschäft S. 241. Ueber Collat. X. 2 § 1—3 (vgl. l. 8 § 10 init. l. 10 pr. D. h. t.) s. Hasse a. a. O. § 94, Huschke a. a. O. S. 113 fg. — Bedeutung der dem Beauftragten ertheilten Instruction: Seuff. Arch. II 40. 41. — Beweislast: Seuff. Arch. XV. 45, XIX. 195, XXVII. 124 und Citate das., XXIX. 177, [Entsch. d. RG. XX S. 269, s. auch Seuff. Arch. XLIII S. 291 (Testamentsvollstrecker)]; vgl. § 430 Note 5 a. E., § 439 Note 7. Hesse Arch. f. prakt. RW. XIII S. 16 fg.

[5] Daß die Gestattung als Regel anzunehmen sei, geht weder aus § 11 I. h. t., noch aus l. 8 § 3 D. h. t. hervor. Entschiedener allerdings drückt sich c. 9 de proc. in VI° 1. 19, vgl. c. 1 § 2 eod., aus. Vgl. Unterholzner S. 595, Sintenis S. 577; Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. XVI S. 309 fg. Seuff. Arch. XXIV. 238.

[5a] Vgl. l. 2 § 1 D. si mensor. 11. 6.

[6] Nur wegen s. g. culpa in eligendo. Vgl. § 401 Note 5 und aus der daselbst citirten Schrift von Burchardi S. 42. 113, aus den daselbst citirten Aufsätzen von Ubbelohde Arch. f. prakt. RW. N. F. VII S. 241—242. Zeitschr. f. Handelsr. VII S. 247, aus dem in der vorigen Note citirten Aufsatz von Goldschmidt S. 313 fg. v. Wyß die Haftung für fremde Culpa S. 91—92. Seuff. Arch. III. 46, XVIII. 240. Jedenfalls aber muß der Beauftragte dem Auftraggeber seine Ansprüche gegen den von ihm Angestellten herausgeben, l. 8 § 3 D. h. t., vgl. l. 22 [21] § 3 D. de neg. gest. 3. 5.

[7] Im Allgemeinen l. 20 pr. D. h. t. („Ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet"), l. 8 § 9 eod. Im Besonderen: l. 8 pr. § 10 l. 10 § 6 l. 43 l. 45 pr. l. 59 § 1 D. h. t., l. 46 § 4 D. de proc. 3. 3, l. 49 § 2 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 9 pr. D. de edendo 2. 13. Seuff. Arch. V. 12, IX. 153, X. 45, XI. 150, XXII. 40, XXXIV. 116. Verpflichtung zur Rechnungsablage: vgl. Bähr Jahrb. f. Dogm. XIII S. 251 fg. Manifestationseid: Bähr a. a. O. S. 274 fg. Seuff. Arch. XXIX. 129. Herausgabe von Geschenken, welche der Beauftragte bei Ausführung des Auftrags erhalten hat? Seuff. Arch. XXX. 23, [Entscheid. d. RG. IV S. 290, Dernburg II § 116 Note 4]. Rückgabe der Vollmachtsurkunde? Seuff. Arch. XIX. 40.

[8] L. 10 § 2. 3. 8. 9 D. h. t. Doch braucht er nach allgemeinen Grund-

es darauf an, ob er hierzu nach Inhalt des Auftrages verpflichtet war[9]. Jedenfalls zahlt er Zinsen von dem Gelde, welches er in seinem eigenen Nutzen verwendet hat[10].

2. Der Auftraggeber ist verpflichtet[11], dem Beauftragten die Aufopferungen[12] zu ersetzen[13], welche derselbe in oder bei Ausführung des übernommenen Auftrages gemacht hat[14] — wenn für dieselben im Vertrage eine Grenze festgesetzt ist, innerhalb dieser Grenze[15], sonst soweit die Aufopferungen nothwendig waren oder dem Beauftragten nach seinem redlichen Ermessen als nothwendig erscheinen mußten[16]. Mehrere Auftraggeber haften dabei solidarisch[17]. Den Schaden, welchen der Beauftragte bloß bei Gelegenheit der Ausführung des Auftrages erleidet, bekommt er nur dann ersetzt, wenn dabei den Auftraggeber ein Vorwurf trifft[18]. — Ferner ist der Auftrag-

sätzen (§ 327 Note 12) die gezogenen Zinsen dann nicht herauszugeben, wenn die Ausleihung auf seine Gefahr geschehen ist, l. 10 § 8 i. f. D. h. t. Dabei ist freilich zuzusehen, ob er nicht zur Zinsenziehung verpflichtet war; s. die folgende Note.

[9] L. 13 § 1 D. de usur. 22. 1. Vgl. Seuff. Arch. XVII. 33.

[10] L. 10 § 3 D. h. t. Er zahlt ortsübliche Zinsen (l. 10 § 3 D. h. t., vgl. § 260 Note 5), die höchsten nach römischem Recht erlaubten Zinsen aber, d. h. 6%, nach dem Principe der l. 37 [38] D. de neg. gest. 3. 5 (§ 260 Note 2), wenn das Geld, welches er in seinem Nutzen verwendet hat, nicht dem Auftraggeber herauszugeben, sondern in dessen Interesse zu verwalten war. Vgl. § 260 Note 4.

[11] Actio mandati contraria.

[12] Mögen dieselben in Veräußerungen bestehen, oder in Uebernahme von Verbindlichkeiten, oder in Entbehrung eines Gewinnes, oder in Abnutzung von Sachen, oder in sonstiger Entbehrung von Vermögensstücken.

[13] Bei ausgelegtem Geld mit Zinsen, l. 12 § 9 D. l. 1 C. h. t. Seuff. Arch. III. 50, VI. 35, VIII. 46, XXIII. 20. Unter Umständen kann der Beauftragte auch Vorschuß verlangen, l. 12 § 17 D. h. t. Wer einen Auftrag zu zahlen, übernommen hat, kann Ersatz schon verlangen, wenn er verurtheilt worden ist, l. 45 § 4 D. h. t., l. 38 § 1 D. l. 6. 10 C. h. t. Vgl. Thöl Handelsr. I § 116 Nr. II. 6. Aufl. § 320 Nr. II.

[14] In Ausführung des Auftrages: der Auftrag war auf eine Aufopferung direct gerichtet, z. B. er ging auf Ankauf einer Sache um das Geld des Beauftragten oder auf Uebernahme einer Bürgschaft: l. 3 § 1 l. 10 § 11 l. 45 D. h. t., auch l. 16 eod. Vgl. Seuff. Arch. XIV. 231. Eine interessante Complication dieses Falles bei Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1866 Nr. 56. Bei Ausführung des Auftrages: es ist etwas zum Zweck der Ausführung des Auftrages aufgewendet worden, l. 10 § 9 D. l. 20 § 1 C. h. t.

[15] L. 3 § 2 l. 4 l. 22 pr. l. 32 D. h. t., § 8 I. h. t.

[16] L. 27 § 4 D. h. t. („impendia bona fide facta“), l. 45 § 6 eod. („sumtibus ex iusta ratione factis“), l. 56 § 4 eod. („sumtus bona fide necessario factos“), l. 4 C. h. t. („sumtus quos probabili ratione feceras“).

[17] S. § 298 Note 16.

[18] L. 26 § 6. 7 D. h. t., l. 62 [61] § 5 D. de furt. 47. 2. Ueber die letztere Stelle vgl. Hasse Culpa S. 403, Mommsen Beiträge III S. 369

geber verpflichtet, dem Beauftragten das bedungene oder stillschweigend verstandene Honorar zu zahlen[10].

3. Beendigung.

§ 411.

Der Auftrag erreicht sein natürliches Ende durch seine Ausführung, durch Ablauf der Zeit, für welche, oder Eintritt der auflösenden Bedingung, unter welcher er gegeben worden ist, durch Vereinbarung der Parteien; außerdem aber hört er auf durch einseitigen Rücktritt und durch Tod einer Partei.

1. Rücktritt. Weder der Auftraggeber noch der Beauftragte sind an den Auftrag länger gebunden, als sie daran gebunden sein wollen; jener kann den Auftrag zurücknehmen, dieser ihn zurückgeben[1]. Doch fährt der Auftraggeber trotz der Zurücknahme fort, aus denjenigen Handlungen des Beauftragten zu haften, welche derselbe vor erlangter Kunde von der Zurücknahme vorgenommen hat[2], und der Beauftragte darf den Auftrag nicht zu einer Zeit zurückgeben, wo der Auftraggeber nicht mehr die Möglichkeit hat, in anderer Weise für das aufgetragene Geschäft zu sorgen: er müßte denn für die Zurückgabe einen rechtfertigenden Grund haben[3].

2. Tod. Der Auftrag geht nicht auf die Erben über, weder auf die Erben des Auftraggebers, noch auf die des Beauftragten[4]. Doch

---

Note 16, Dernburg Pfandrecht I S. 163, Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 37, Schirmer Zeitschr. f. RGesch. X S. 80 fg., Mommsen Erörter. II S. 59 fg., und s. auch § 378 Note 16. Vgl. auch l. 22 D. comm. 13. 6, l. 31 D. de pign. act. 13. 7, l. 45 § 1 D. loc. 19. 2.

[10] Vgl. § 404 Note 7. Das römische Recht gewährte auf das Honorar nur extraordinaria cognitio (l. 7 D. l. 1 C. h. t.), was heutzutage keine Bedeutung mehr hat.

§ 411. [1] L. 12 § 16 l. 22 § 11 D. h. t., § 9. 11 I. h. t. Gesterding Irrthümer X. S. 208 fg. Zeitschr. für Civ. u. Pr. XV. 1. Stillschweigender Widerruf: l. 31 § 2 D. de proc. 3. 3. Seuff. Arch. X. 158, XXI. 233. Vgl. auch Seuff. Arch. III. 46.

[2] L. 15 D. h. t., § 9 I. h. t.

[3] L. 22 § 11 l. 23—25 l. 27 § 2 D. h. t.

[4] L. 27 § 3 l. 57 D. h. t., l. 15 C. h. t., § 10 I. h. t. Gesterding Irrthümer rc. S. 208 fg. Wenn es in den genannten Stellen heißt, daß der Auftrag nur „re integra", „integro mandato„ aufhöre, so soll damit nichts Anderes gesagt sein, als daß die aus dem Auftrage bereits entstandenen Verbindlichkeiten nicht aufhören. Vgl. übrigens Sintenis Anm. 71. — Anders das HGB. Art. 297. „Ein Antrag, ein Auftrag oder eine Vollmacht, welche von einem Kaufmann in dem Handelsgewerbe ausgegangen sind, werden durch seinen Tod nicht aufgehoben, sofern nicht eine entgegengesetzte Willensmeinung aus seiner Erklärung oder aus den Umständen hervorgeht".

kann das Gegentheil ausgemacht werden[5], und auch abgesehen hiervon ist der Erbe des Beauftragten verpflichtet, sich der von seinem Erblasser begonnenen Geschäfte anzunehmen[6], der Erbe des Auftraggebers, dem Beauftragten die Aufopferungen zu ersetzen, welche derselbe in unverschuldeter Unwissenheit von dem Tode des Auftraggebers gemacht hat[7].

In welcher Weise auch der Auftrag fortgefallen sein mag, so wirkt er fort für Erwerb und Verlust, welcher durch früher vorgenommene Auftragshandlungen nach Wegfall des Auftrages herbeigeführt wird[8].

4. Besondere Anwendungen.

§ 412.

1*. Auftrag, von einem Dritten eine Vermögensleistung zu erheben[1]. Auftrag, an einen Dritten eine Vermögensleistung zu machen[2].

---

[5] L. 12 § 17 l. 13 D. h. t. Seuff. Arch. XXXIII. 299. Die genannten Stellen sprechen aber nur von einem nach dem Tode des Auftraggebers zu vollziehenden Auftrag: sind wir berechtigt, auf Grund derselben anzunehmen, daß der Auftrag mit verbindlicher Kraft auch auf die Erben des Beauftragten gestellt werden könne? Die Bejahung dieser Frage hängt davon ab, ob in der genannten Stelle eine Interpolation auf Grund von l. un. C. ut act. et ab her. 4. 11 anzunehmen ist, oder nicht. Dieß ist nicht unzweifelhaft; doch scheint mir die Annahme einer Interpolation mehr für sich zu haben, wegen Gai. III. 158 und l. 108 D. de solut. 46. 3 (die von Cujacius vorgeschlagene Emendation [Vangerow § 662 a. E.] ist immer nur Emendation, und bringt doch keine rechte Concinnität in die Stelle). Es muß freilich dahin gestellt bleiben, wie weit die Interpolation reicht. L. 27 § 1 D. h. t. spricht nicht von einem Mandat, sondern von einer Eigenthumsübertragung unter einer Auflage. Vgl. Zimmern Arch. f. civ. Pr. IV S. 235 fg., Mühlenbruch Fortsetzung von Glück XLIII S. 396—399, Dietzel Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII S. 424 fg.; auch Holzschuher III § 273 Nr. 10.

[6] Arg. l. 1 pr. D. de fidei. tut. 27. 7, l. 40 D. pro soc. 17. 2.

[7] L. 26 pr. § 1 l. 58 pr. D. h. t., § 10 I. h. t., l. 19 § 3 D. de don. 39. 5.

[8] L. 14 pr. D. h. t., Gai. III. 117.

* Vgl. zum Folgenden Thöl Handelsrecht I § 114—119. 128—132. 6. Aufl. § 318—323. 333—347. v. Salpius Novation und Delegation S. 27—130. Lotmar über Causa im römischen Recht S. 97—151. v. Plucinski Arch. f. civ. Pr. LX S. 289—357.

[1] So namentlich von dem Schuldner des Auftraggebers (z. B. l. 12 § 16 l. 17 D. l. 11 C. h. t., l. 4 C. de novat. 8. 41 [42]); aber auch von demjenigen, welcher dem Auftraggeber schenken (l. 12 D. si quid in fr. patr. 38. 5), oder ihm ein Darlehn geben, oder ihm aus irgend einem anderen Grunde leisten will. Vgl. Note 9. — Die von dem Dritten zu erhebende Vermögensleistung kann den verschiedensten Inhalt haben. Die wichtigsten Fälle sind die, wo sie zum Inhalt Eigenthumsverschaffung oder Versprechen hat, und hier wieder ist der wichtigste Fall, wo ihr Gegenstand baares Geld ist. Von dem Auftrage, sich versprechen § 412.

Der eine Auftrag kann ohne den anderen vorhanden sein; es kann aber auch zugleich der Eine beauftragt werden, von einem Andern eine Vermögensleistung zu erheben, und dieser Andere, an Jenen die Vermögensleistung zu machen[3]. Ein besonderer Fall ist der, wo der Auftrag, die Vermögensleistung zu machen, demjenigen, welchem sie gemacht werden soll, zur Ueberbringung eingehändigt wird; hierher gehört die moderne Anweisung[4]. — Im Besonderen kommen hier folgende Punkte zur Beachtung.

a. Der Auftrag zur Erhebung einer Vermögensleistung kann auch zu dem Ende gegeben werden, um auf indirectem Wege dem Beauftragten zu verschaffen, was der Auftraggeber seinerseits demselben zu leisten gewillt ist[5]. Ebenso kann der Auftrag zur Bewirkung einer Vermögensleistung in dem Sinne gegeben werden, daß durch Ausführung desselben dem Auftraggeber auf indirectem Wege verschafft werden soll, was der Beauftragte seinerseits demselben zu leisten gewillt ist[6]. Im ersten Falle fällt von den Wirkungen des Auftrages weg die Verpflichtung des Beauftragten zur Herausgabe des in Folge des Auftrages Erlangten, im zweiten Fall die Verpflichtung des Auftraggebers zum Ersatz des in Folge des Auftrages Aufgeopferten.

---

zu lassen, handeln z. B. l. 10 § 6 l. 59 pr. D. h. t. Thöl Handelsr. I § 119. 6. Aufl. § 323 („das Eincassirungsmandat"), § 132. 6. Aufl. § 337 (Auftrag sich versprechen zu lassen).

[2] So namentlich an den Gläubiger des Auftraggebers (z. B. l. 12 §. 5 l. 45 § 4 D. h. t.); aber auch an denjenigen, welchem der Auftraggeber schenken (z. B. l. 19 § 3 i. f. D. de don. 39. 5), oder dem er ein Darlehn geben (z. B. l. 9 § 8 D. de R. C. 12. 1), oder dem er aus irgend einem andern Grunde leisten will. Vgl. Note 9. — Was über den möglichen Inhalt der Vermögensleistung in der vorigen Note gesagt worden ist, gilt auch hier. Auftrag einen Andern zu liberiren: l. 36. 38 D. de I. D. 23. 3. — Thöl Handelsr. I § 114—118. 6. Aufl. § 318—322 („das Zahlungsmandat"). § 128—132. 6. Aufl. § 333—337 („die Delegation"). S. auch Cohn in Endemann's Handb. des Handelsrechts III S. 1086 fg.

[3] Der Auftrag, Leistung zu erheben, hat nur dann Sinn, wenn der Auftraggeber Grund zu der Annahme hat, daß der Dritte auf seinen Anstoß die Leistung machen wird. Der Auftrag, einem Dritten zu leisten, hat nur dann Sinn, wenn der Auftraggeber Grund zu der Annahme hat, daß der Dritte die Leistung nicht zurückweisen wird. Grund zu der einen und zu der andern Annahme hat er namentlich dann, wenn er dem Dritten einen Auftrag zur Leistung bez. zum Empfang ertheilt und dieser ihn angenommen hat.

[4] S. unten lit. b.

[5] Laß dir zahlen, statt von mir, von Jenem. Laß dir die 100, welche ich dir schuldig bin, von Jenem zahlen. Laß dir versprechen, statt von mir, von Jenem. Laß dir, statt von mir dir zahlen zu lassen, von Jenem versprechen.

[6] Zahle, statt an mich, an Jenen. Zahle die 100, welche du mir schuldig bist, an Jenen. Statt an mich zu zahlen, versprich Jenem.

Ueberhaupt tritt in diesen Fällen der Auftrag als solcher in den Hintergrund[7], und in den Vordergrund die durch Vollziehung desselben bewirkte Vermögensleistung des Auftraggebers an den Beauftragten, bez. des Beauftragten an den Auftraggeber; der Auftrag ist Mittel zur Verwirklichung einer indirecten Vermögensleistung[8]. — Es kann übrigens eine indirecte Vermögensleistung beschafft werden auch ohne einen dem Empfänger oder von dem Empfänger ertheilten Auftrag, durch bloße Anweisung[8a] oder Gestattung[8b]. Ja es bedarf zur Verwirklichung einer

[7] Die actio mandati directa in ihrer Richtung auf sorgfältige Ausführung des ertheilten Auftrages ist zwar in keinem von beiden Fällen ausgeschlossen (vgl. Seuff. Arch. XIII. 220), aber meistens durch die Ausführung selbst erledigt.

[8] Der Beauftragte nimmt die ihm von dem Dritten gemachte Leistung als Leistung des Auftraggebers an. Der Auftraggeber nimmt die von dem Beauftragten an den Dritten gemachte Leistung als eine ihm gemachte an. Dieses Annehmen liegt nicht in dem Auftrage als solchem, sondern ist ein den Auftrag Begleitendes. Mehr auseinandergelegt ist das Verhältniß dieses. Im ersten Fall sagt der Auftraggeber: (1) du sollst von dem Dritten eine Leistung erheben (Auftrag), und (2) diese Leistung des Dritten soll als eine von mir dir gemachte gelten. Durch die Ausführung des Auftrages, wie er gegeben worden ist, unterwirft sich der Beauftragte auch dieser zweiten Willenserklärung. In dem zweiten Falle sagt der Auftraggeber: (1) du sollst an den Dritten leisten (Auftrag), und (2) diese Leistung an den Dritten soll als eine mir gemachte gelten. Die Initiative in der den Auftrag begleitenden Willenserklärung geht hier von demjenigen aus, gegen welchen sie wirken soll.

[8a] Die Anweisung unterscheidet sich von dem Auftrag dadurch, daß sie auf Begründung einer Verpflichtung zur Ausführung nicht gerichtet ist; es wird als selbstverständlich vorausgesetzt, daß ihr Folge geleistet werden wird. Die Römer gebrauchen für dasjenige, was wir heutzutage Anweisung nennen, die Ausdrücke iussus und delegatio, den letzteren nur für die Anweisung auf Bewirkung einer Vermögensleistung, den ersteren auch für die Anweisung auf Erhebung einer solchen. Vgl. § 353 Note 9 und unten Note 9. Die Anweisung als solche enthält aber ebensowenig, wie der Auftrag, die Erklärung, daß der Angewiesene das Erhobene für sich behalten, daß das Geleistete als dem Anweisenden geleistet angesehen werden solle. Die Meinung der Parteien kann auch die sein, daß das Erhobene dem Anweisenden herausgegeben, daß das Geleistete von ihm solle erstattet werden. In diesem Falle ist die Anweisung doch wieder Auftrag; sie begründet zwar nicht die actio mandati directa auf Ausführung, aber die actio mandati directa auf Herausgabe bez. die actio mandati contraria auf Erstattung. Allerdings hat der Ausdruck iussus, wenn der iussus auf Bewirken einer Leistung geht, in unseren Quellen eine vorzugsweise Beziehung auf den Fall, wo das Geleistete nicht von dem iubens erstattet, sondern ihm als ihm geleistet angerechnet werden soll (iubetur aliquis alii solvere, promittere, quod mihi solvere, promittere paratus est), und auch von iussus in der Richtung auf Erhebung einer Leistung ist in den Quellen vielfach in dem Sinne die Rede, daß das Empfangene nicht dem iubens herausgegeben, sondern als von ihm geleistet solle behalten werden (vgl. z. B. Gai. II. 38, l. 34 pr. D. mand. 17. 1). Aber nothwendig ist die eine und die andere Beziehung beim iussus nicht, vgl. z. B. l. 36. 38 D. de I. D. 23. 3, l. 34 pr. de nov. 46. 2. Ja es muß behauptet werden, daß der iussus als solcher die actio mandati directa auf

indirecten Vermögensleistung einer Verhandlung zwischen dem Empfänger und demjenigen, von welchem sie ausgeht, überhaupt nicht; sie kann auch dadurch beschafft werden, daß dem Dritten, durch dessen Person oder in dessen Person sie gemacht werden soll, zur Bewirkung bez. Erhebung derselben ein Auftrag[8c] oder eine Anweisung oder eine Gestattung[8d] ertheilt wird. Der Bestimmungsgrund einer indirecten Vermögensleistung, in welcher Weise sie auch gemacht werden mag[8e],

Herausgabe und die actio mandati contraria auf Ersatz nicht ausschließt, sondern begründet; liegt dem Richter nichts weiter vor, als daß auf Anstoß eines Andern eine Leistung erhoben bez. gemacht worden sei, so hat er kein Recht zu der Annahme, daß die Absicht der Parteien auf Behalten der dadurch der einen oder der andern Partei zugeführten Vermögensvermehrung gerichtet gewesen sei, s. namentlich auch l. 38 D. de I. D. cit. In dieser Beziehung ist anderer Meinung v. Salpius Novation und Delegation § 9. 10. 11. 58, dessen Verdienste um die Hervorhebung des Gegensatzes zwischen mandatum und iussus im Uebrigen anzuerkennen sind. Gegen v. Salpius auch H. Witte krit. VJSchr. VIII S. 350 fg., v. Plucinski a. a. O. S. 318 fg. Vgl. noch Brinz 2. Aufl. II § 282 Note 31. — Ueber die Anwendung des hier vertretenen Grundsatzes auf den gezogenen Wechsel, wobei Art. 23 Abs. 3 der WO. in Frage kommt, vgl. die gut geschriebene Inauguraldissertation von Ad. Ströll, die Wechselrevalirungsklage und die deutsche Rechtsprechung, Nördlingen 1873. Ferner: Thöl, Praxis des Handelsrechts und Wechselrechts. Erstes Heft S. 52—76. Handelsr. I § 71. II § 6. Das ROHG. (XXVII. 206) und das RG. (Seuff. Arch. XXXV. 283) haben sich gegen das Mandat erklärt. Ebenso Seuff. Arch. VII. 352, XX. 224. Anders das. I. 56, XIV. 105, XXI. 123, XXIV. 269, XXVIII. 130. Mögliche mittlere Meinung: die Tratte enthält zwar einen Auftrag, und daher ist die Ersatzklage durch die Bezugnahme auf die Tratte hinreichend substantiirt; aber wenn der Aussteller seine Deckungspflicht leugnet, fällt die Beweislast auf den Bezogenen, weil damit geleugnet ist, daß der Auftrag den vom Kläger behaupteten Inhalt gehabt habe. Dieß ist die Meinung von Goldschmidt, wie ich mit seiner Ermächtigung hier mittheilen darf. — Die Anweisung verliert ihre Wirksamkeit durch Rücknahme und Tod des Anweisenden, wie der Auftrag. L. 32 l. 38 § 1 l. 108 D. de sol. 46. 3, vgl. l. 1 § 2 D. quod iussu 15. 4.

[8b] L. 39 D. de don. i. v. u. 24. 1. „Vir uxori pecuniam cum donare vellet, permisit ei, ut a debitore suo stipuletur . .". L. 106 D. de sol. 46. 3. „Aliud est iure stipulationis Titio solvi posse, aliud postea permissu meo id contingere". Wenn in anderen Stellen (z. B. l. 11 § 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 14 pr. D. de fundo dot. 23. 5, l. 33 § 3 D. de don. 39. 5, l. 15 § 1 D. de statulib. 40. 7) statt von permissus von voluntas die Rede ist, so kann diese voluntas doch auch von einer Anweisung verstanden werden. Man denke aber auch an den Fall hinterheriger Genehmigung, s. z. B. l. 12 § 4 D. de sol. 46. 3, l. 12 C. eod. 8. 42 [43].

[8c] Vgl. z. B. l. 56 D. de sol. 46. 3. „Qui mandat solvi, ipse videtur solvere". S. noch z. B. l. 12 l. 5 pr. D. si quid in fr. patr. 38. 5, l. 19 § 3 i. f. D. de don. 39. 5 u. a. m.

[8d] Vgl. z. B. l. 64 D. de sol. 46. 3, l. 49 D. eod. (Note 9).

[8e] Wegen der vielfachen Weisen, in welchen eine indirecte Leistung gemacht werden kann, ist es nicht leicht, der Lehre von derselben ihre richtige Stellung

kann so verschieden sein, wie der einer Vermögensleistung überhaupt, und davon hangen die an sie angeknüpften rechtlichen Wirkungen ab[9]. Es kann auch der Bestimmungsgrund einer solchen indirecten Vermögensleistung eine Ungültigkeit oder Rückforderbarkeit derselben begründen; diese Ungültigkeit oder Rückforderbarkeit wirkt der Regel nach bloß zwischen den Subjecten der Leistung[10], wogegen sie auf das

---

im Systeme anzuweisen. Ihr eigentlicher Platz wäre irgendwo im allgemeinen Theil; aber ich glaube nicht, daß den Interessen des Lehrvortrags mit einer solchen Stellung derselben gedient wäre. Ich ziehe es daher vor, in Betracht, daß doch in vielen Fällen der indirecten Leistung ein Auftrag vorkommen wird (wenigstens einer — wenn nicht ein doppelter), sie im Allgemeinen beim Auftrag, im Besonderen aber bei den einzelnen möglichen Bestimmungsgründen der Vermögenszuwendung abzuhandeln (vgl. z. B. § 342 Ziff. 5, § 365 a. E., § 370 Note 10. 12). v. Salpius Novation und Delegation S. 61 fg. S. 472 ist der Ansicht, daß die einzige Stelle im System, in welcher diese Lehre im richtigen Lichte dargestellt werden könne, „die Lehre von den Realverträgen in ihrer allgemeinsten Gestalt und die sich daran anschließende Theorie der Condictionen" sei. Der Ausdruck „Realvertrag in seiner allgemeinsten Gestalt" soll hier wohl nichts sein, als eine andere Bezeichnung für Vermögenszuwendung; und zeigt sich denn der Begriff der Vermögenszuwendung nur in der Lehre von den Condictionen wirksam?

[9] Ein sehr häufiger und sehr wichtiger Bestimmungsgrund ist Tilgung einer Schuld: l. 56 D. de sol. 46. 3 (Note 8c). L. 180 D. de R. I. 50. 17. „Quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset". Von diesem Fall ist in den Quellen unendlich oft die Rede; vgl. z. B. noch l. 12 § 2 D. de sol. 46. 3, l. 12 C. eod. 8. 42 [43], l. 64 D. de sol. 46. 3, l. 33 D. de nov. 46. 2, l. 37 § 4 D. de op. lib. 38. 1. Geht in diesem Fall der Auftrag auf Versprechen, so kann die Tilgung der Schuld möglicherweise auch durch Novation erfolgen (vgl. § 342 Note 15. 38a, § 353 Note 9). — Andere mögliche Bestimmungsgründe sind: Schenkung z. B. l. 59 pr. D. mand. 17. 1; l. 77 § 6 de leg. II° 31, l. 19 § 3 D. de don. 39. 5, l. 21 § 1 eod., l. 34 § 7 D. de sol. 46. 3; l. 9 pr. D. de cond. c. de c. n. s. 12. 4, l. 15 § 2 D. de contr. emt. 18. 1, l. 21 pr. de don. 39. 5, l. 33 D. de nov. 46. 2; l. 2 § 2 l. 33 § 3 D. de don. 39. 5. Bestellung einer Dos, z. B. l. 45 § 1 l. 56 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 4 § 21 D. de doli exc. 44. 4; l. 19 l. 59 pr. de I. D. 23. 3, l. 14 pr. D. de fundo dotali 23. 5. Verschaffung eines Darlehns, z. B. l. 15. 32 D. de R. C. 12. 1; l. 9 § 8 eod., l. 19 § 3 D. de inst. act. 14. 3, l. 19 § 5 D. ad SC. Vell. 16. 1; l. 59 pr. D. mand. 17. 1. Verpflichtung zu einer Gegenleistung, l. 27 § 2 D. ad SC. Vell. 16. 1. Vgl. noch l. 49 D. de sol. 46. 3. „Solutam pecuniam intellegimus utique naturaliter, si numerata sit creditori. Sed et si iussu eius alii solvitur, vel creditori vel futuro debitori vel etiam ei cui donaturus erat, absolvi debet". Ebenso l. 67 [65] § 4 D. ad SC. Treb. 36. 1.

[10] L. 12. 13. 19 D. de nov. 46. 2, l. 4 § 20 D. de doli exc. 44. 4, l. 1 § 10 D. quar. rer. actio 44. 5, l. 9 § 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 78 § 5 D. de I. D. 23. 3, l. 4 § 21 D. de doli exc. 44. 4; l. 1 § 11 D. quar. rer. actio 44. 5. Alle diese Stellen handeln von dem Falle, wo durch Versprechen eine nicht existirende Schuld des zum Versprechen Angewiesenen an den Anweisenden oder des Anweisenden an den zur Empfangnahme des Versprechens Angewiesenen getilgt werden soll. Da nun in diesem Falle der Be-

Verhältniß zwischen dem Empfänger und der Leistungsperson bez. zwischen dem Leistenden und der Empfangsperson nur in Ausnahmefällen von Einfluß ist[11].

b. Von der heutigen Anweisung insbesondere[12]. Was man heutzutage Anweisung nennt, ist Anweisung zum Leisten, nicht Anweisung zum Empfangen, und Anweisung zum Zahlen, nicht Anweisung zum Versprechen[13]. 1) Der Angewiesene hat, wenn er gezahlt hat, einen Ersatzanspruch gegen den Anweisenden nach den Grundsätzen des Auftrages. Behauptet der Anweisende, der Angewiesene habe die Anweisung zu dem Ende übernommen, um in der Person des Dritten ihm selbst eine Leistung zu machen, so muß er dieß beweisen[14]. 2) Die Rechte des Angewiesenen gegen den Anweisenden entstehen erst aus der Zahlung an den Dritten, nicht schon aus einem demselben ge-

gründung der neuen Obligation auch eine Novationsabsicht zu Grunde liegen kann, so sind die genannten Stellen schon oben (§ 355 Note 8. 12) bei der Erörterung der Frage, ob der Novationsvertrag zu seiner Gültigkeit eine existirende Obligation voraussetzt, in Betracht gezogen worden. S. aber ferner: l. 59 i. f. D. de solut. 46. 3 (der Angewiesene zahlt einem Dritten, was er dem Anweisenden schuldig zu sein glaubt); l. 66 eod. (1) der gleiche Fall, 2) der Angewiesene zahlt dem Dritten, um sich von einer wirklich existirenden Schuld gegen den Auftraggeber zu befreien, erreicht aber diese Absicht nicht); l. 5 § 5 D. de doli exc. 44. 4 (der Angewiesene leistet zum Zweck der Vollziehung einer übermäßigen Schenkung an den Anweisenden); l. 21 § 1 D. de don. 39. 5 (übermäßige Schenkung des Anweisenden an den Dritten, welchem geleistet werden soll); l. 9 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4 (der Anweisende will dem Dritten, welchem geleistet werden soll, durch die Leistung des Angewiesenen eine Dos verschaffen, und die Ehe kommt nicht zu Stande; anders wenn auch der Angewiesene dem Dritten gegenüber erklärt, daß er dotis nomine leiste, l. 7 pr. eod.).

[11] a) L. 2 § 3. 4 D. de don. 39. 5, l. 7 pr. § 1 D. de doli exc. 44. 4, s. § 355 Note 9. 13: b) bei der Schenkung unter Ehegatten, s. l. 3 § 12. 13 l. 4 l. 5 § 3. 4 l. 39. 56 D. de don. i. v. e. u. 24. 1; vgl. § 367 Note 8, [§ 509 Note 22], auch I § 172 Note 16. Schlesinger die Unanfechtbarkeit der Delegationsstipulation (1882); dazu Hruza Grünhut's Zeitschr. IX S. 604 fg.

[12] Thöl Handelsr. I § 121—127a. 6. Aufl. § 325—331. Cohn in Endemann's Handb. d. Handelsr. III S. 1093 fg. Vgl. noch Holzschuher III § 277 und Kuntze das. S. 667. 668. — Waarenanweisung: Goldschmidt Handelsr. I S. 769 fg., Thöl Handelsr. 6. Aufl. I § 332. — Check: Cohn a. a. O. S. 1135 fg. Verh. des 17. deutschen Juristentags I S. 1—45. II S. 139—157. 282—284.

[13] Die Anweisung kann mündlich oder schriftlich gegeben werden; das Letztere ist, namentlich unter Kaufleuten, der regelmäßige Fall. In ihrer gewöhnlichen Form ist sie eine dem Zahlungsempfänger zur Ueberbringung eingehändigte Urkunde, und unterscheidet sich in dieser Form von dem gezogenen Wechsel nur durch das Fehlen des Wortes Wechsel. — Statt Anweisung sagt man sehr gewöhnlich Assignation; der Angewiesene: der Assignat; derjenige, an den Zahlung geleistet werden soll: der Assignatar.

[14] S. Note 8a, und vgl. zu den daselbst citirten Stellen aus der Schrift von v. Salpius noch § 74.

leisteten Versprechen[15]. Sobald aber der Angewiesene dem Dritten versprochen hat, kann der Anweisende die Anweisung nicht mehr zurücknehmen[16]. 3) Ebenso ist die Leistung, welche der Anweisende dem Dritten durch die Anweisung verschaffen will, beschafft erst mit der Zahlung des Angewiesenen, nicht schon mit seinem Versprechen an den Dritten[17]. 4) Der Dritte ist zur Realisirung der Anweisung nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt[17a].

---

[15] Die Rechte des Angewiesenen: sowohl die actio mandati contraria, als daß die dem Dritten gemachte Leistung als eine dem Anweisenden gemachte gilt. Vgl. l. 10. 21. 25 D. de nov. 46. 2, l. 8 C. eod. 8. 41 [42], l. 10 C. mand. 4. 35, l. 19 § 5 D. ad SC. Vell. 16. 1. Doch wird die actio mandati contraria schon durch die Verurtheilung zur Zahlung begründet (§ 410 Note 13).

[16] Indem er der Zahlung ein Versprechen vorhergehen läßt, und dadurch die Nothwendigkeit einer Zahlung für sich begründet, thut er etwas, was er im Sinne des ihm ertheilten Auftrages thun darf. Cropp in Heise und Cropp Abhandlungen II S. 354—357. 392—395, Thöl a. a. O. § 123 (327), Unger Inhaberpapiere S. 73 fg. — Der Angewiesene verspricht dem Inhaber der Anweisung dadurch, daß er die Anweisung „annimmt", „acceptirt". Ist dieses Versprechen ein reines Versprechen (s. g. Formalvertrag)? Die Frage wird verneint von v. Salpius Novation und Delegation § 75, bejaht mit Anderen von Thöl § 125 (329), welcher deßwegen die gemeinrechtliche Gültigkeit dieses Versprechens bestreitet (vgl. § 318 Note 3. 4). Ausdrücklich ist seine Gültigkeit anerkannt im HGB. Art. 300. 301. Vgl. noch Seuff. Arch. XVIII. 135, XXI. 232, XXII. 41.

[17] Der selbstverständliche Grundsatz „Anweisung ist keine Zahlung" (Thöl § 124 [328]) gilt auch für den Fall des Acceptes der Anweisung. — v. Salpius Novation und Delegation § 76 hält dieß für modernes Gewohnheitsrecht, indem er behauptet (§ 18—20), daß nach römischem Recht das durch Delegation einem Andern verschaffte Forderungsrecht (und ebenso die durch Delegation für ihn eingegangene Verbindlichkeit) ihm „vermöge objectiver Rechtsnothwendigkeit" als baares Geld angerechnet worden sei. Das heißt also: nach römischem Recht galt die in Folge der Delegation begründete Obligation nach der einen und der anderen Seite als baares Geld nur dann nicht, wenn dieß ausdrücklich ausgemacht worden war. Diesen exorbitanten Satz stützt v. Salpius auf Stellen wie l. 187 D. de V. S. 50. 16, l. 18 D. de fidei. 46. 1, l. 26 § 2 D. h. t. u. a., in welchen nichts die Annahme verbietet, daß sie eine Beredung der Parteien des Inhalts, es solle die Obligation gleich Geld sein, oder eine Novationsberedung voraussetzen (vgl. l. 26 § 2 cit.: „qui admittit debitorem delegatum", l. 68 § 1 D. de evict. 21. 2: „qui pro pecunia nomen debitoris per delegationem sequi maluit", l. 96 § 2 D. de solut. 46. 3: „transegit, ut nomine debitoris contenta legatum non peteret") — während er andere, welche direct gegen ihn sprechen, wie l. 18 § 1 l. 31 § 3 D. de m. c. don. 39. 6 und die auf S. 117 genannten, mit der Bemerkung beseitigt, daß in ihnen „der Hauptgrundsatz sich modificirt" (S. 113). S. auch § 500 Note 9. Gegen v. Salpius auch H. Witte krit. VJSchr. VIII S. 362 fg., v. Plucinski a. a. O. S. 344 fg., Karsten die Bedeutung der Form im Rechte S. 179 fg., P. Gide in der § 353 Note * citirten Schrift p. 452 s., E. Danz die Forderungsüberweisung ꝛc. S. 96 Note 5, [Wendt S. 187 unter 3, s. aber auch S. 574]. Uebrigens findet sich die gleiche Auffassung schon bei Hasse Culpa S. 436 und v. Meyerfeld Rhein. Mus. VII S. 123 fg. Für dieselbe neuerdings Pernice

2. Der Auftrag als Garantievertrag. Garantievertrag: Vertrag, wodurch Jemandem gegenüber die Garantie dafür übernommen wird, daß ihm aus einer von ihm vorzunehmenden Handlung kein Schaden erwachsen werde. Für uns ist kein Bedürfniß vorhanden, einen solchen Vertrag unter eine andere Kategorie zu stellen, als unter seine eigene; die Römer nahmen die Kategorie des Mandats zur Hülfe, weil er sonst ohne Stipulationsform nicht gültig gewesen wäre[18]. Die Hauptanwendung des Garantievertrages ist die, wo durch denselben die Gefahr eines von einem Andern zu ertheilenden Credites übernommen wird (Creditauftrag)[19]; in dieser Anwendung ist der Garantievertrag eine Form der Bürgschaft[20]. — Die Uebernahme einer Garantie liegt natürlich nicht schon in der Ertheilung eines Rathes[21].

Labeo I S. 507 fg., [Dernburg II § 119 Note 10]; vgl. auch Lotmar Causa S. 117 fg.

[17a] In der Anweisung als solcher liegt kein Eincassirungsmandat; obgleich ein Eincassirungsmandat mit derselben verbunden sein kann. Vgl. Ladenburg Zeitschr. f. Handelsr. XI S. 79.

[18] Mit anderen Worten: weil er sonst unter Abwesenden nicht hätte geschlossen werden können. L. 32 D. h. t.: — „neque enim multum referre, praesens quis interrogatus fideiubeat, an absens mandet". Das Mandat in dieser Anwendung verträgt ein eigenes Interesse des Mandanten an der Ausführung, aber setzt dasselbe nicht voraus. L. 6 § 5 D. h. t. Von einem Mandat dieser Art ist auch zu verstehen l. 12 § 14 D. h. t., wo es heißt, daß das Mandat nach ausgeführtem Geschäft nichtig sei. Vgl. über den Garantievertrag im Allgemeinen Stammler Arch. f. civ. Pr. LXIX S. 1 fg. (1885).

[19] L. 6 § 4 l. 12 § 13. 14 l. 56 pr. l. 59 § 5 D. l. 7 C. h. t. Vgl. Thöl Handelsr § 108. 109. 6. Aufl. § 302. Eine andere Anwendung gibt l. 32 D. h. t. „Si hereditatem aliter aditurus non essem, quam cautum mihi fuisset, damnum praestari, et *in* hoc mandatum intercessisset, fore mandati actionem . .". S. auch l. 19 § 1. 2 D. ad SC. Vell. 16. 1.

[20] Vgl. l. 32 D. h. t. (Note 18). Auch l. 60 § 1 l. 62 § 1 D. h. t. Die Neueren nennen das mandatum in dieser Anwendung mandatum qualificatum, und beschränken (unrömisch, vgl. z. B. l. 22 § 11 l. 46. 49 D. h. t.) den Ausdruck mandator zur Bezeichnung des Auftraggebers auf diesen Fall.

[21] Dieser Satz wird in § 6 I. h. t., l. 2 § 6 l. 6 § 5 D. h. t. so ausgedrückt: ein „mandatum", welches lediglich im Interesse des Mandatars gegeben sei, z. B. er möge sein Geld lieber in Grundstücken anlegen, als in Darlehn, sei in der Wirklichkeit kein Mandat, sondern nur ein Rath, und deßwegen für den Ertheiler unverbindlich (§ 6 I. cit., l. 2 § 6 D. cit.). Verbindlich sei es nur dann, wenn der Empfänger ohne das Mandat nicht gehandelt haben würde. Das Letztere ist ungenau ausgedrückt. Der Jurist wollte sagen: verbindlich sei es nur dann, wenn der Empfänger ohne die in dem mandatum von dem Ertheiler übernommene Garantie nicht gehandelt haben würde. S. über die verschiedenen Ansichten, welche in Betreff dieser Stellen hervorgetreten sind, Vangerow III § 659 Anm., Sintenis II § 113 Note 16, Wächter II S. 450 fg., und die von diesen Schriftstellern Citirten, ferner Holzschuher III § 275 Nr. 1. 2, und aus der neueren Zeit den Aufsatz von Tewes Arch. f.

G. Verträge zum Zwecke der Feststellung.

1. Die Anerkennung*.

§ 412a.

Anerkennen (bekennen) heißt: erklären, daß Etwas wahr sei, was dem Erklärenden nachtheilig ist; anerkennen im rechtlichen Sinn heißt: erklären, daß etwas wahr sei, worauf gegen den Erklärenden ein Anspruch oder eine Vertheidigung gegründet werden kann. Anerkannt werden kann sowohl eine Thatsache, als ein Rechtsverhältniß, und sowohl der Bestand als der Nichtbestand einer Thatsache oder eines

civ. Pr. LI S. 35 fg. (1868), [Dernburg II § 115 Note 8]. Vgl. auch Stammler a. a. O. S. 67 fg. Budde Entsch. des OAG. zu Rostock VIII S. 185 fg. (= Seuff. Arch. XXXII. 45). Seuff. Arch. XII. 26, XXIX. 26, XXXI. 328, [XLI. 100].

* Die Lehre von der Anerkennung ist noch keine fertige; aber sie ist gegenwärtig so weit gediehen, daß der Verfasser eines Lehrbuchs sich, wie ich glaube, nicht mehr der Verpflichtung entziehen kann, sie als solche zur Darstellung zu bringen. — Aus der Literatur ist vor allem zu nennen die Schrift von O. Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 1855. 2. Aufl. (deren Seitenzahlen hier in Klammern angegeben sind) 1867. Recensionen dieses Werkes von: Dernburg Heid. krit. Jahrb. III S. 496 fg. (1856), Arndts krit. Ueberschau IV S. 1. 219 fg. (1857). Erwiderung Bähr's: Jahrb. f. Dogm. II S. 283 fg. 367 fg. (1858). Ferner ist hervorzuheben der Aufsatz von Unger Jahrb. für Dogm. VIII S. 179 fg. (1866). S. außerdem: Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten, 1. Abth. namentlich § 11 (1858). Windscheid krit. VJSchr. I S. 106 fg. (1859). Bruns Zeitschr. f. RGesch. I S. 94—97. 118—130 (1861). Wetzell System des Civilproc. § 22 (2. Aufl. 1864, 3. Aufl. 1871). v. Salpius Novation und Delegation § 49. 79 (1864). Bekker krit. VJSchr. IX S. 278 fg. (1867). Hesse über das Wesen und die Arten der Verträge des heutigen römischen Rechts, 2. Abschn. (1868). Schloßmann zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge S. 65—85 (1868.) Stahl Arch. f. civ. Pr. LIV S. 284 fg. (1871). Hesse Juristische Probleme (1872, vgl. darüber Exner in Grünhut's Zeitschr. I S. 233 fg.). Buhl Beiträge zur Lehre vom Anerkennungsvertrag. Habilitationsschrift, 1875; darüber Bähr krit. VJSchr. XVIII S. 334—347. Vangerow 7. Aufl. III § 612a. 669a. (1869). Grünhut in seiner Zeitschr. III S. 512 fg. (1876). Karlowa Rechtsgeschäft S. 262 fg. (1877). v. Canstein Anerkennung und Geständniß im Allgemeinen und nach der deutschen Civilproceßordnung (1879). v. Liebe Gruchot's Beiträge XXVIII S. 561 fg. (1884). Sintenis II § 96 Anm. 25b und S. 273—276. Stobbe III S. 79 fg. [Wendt § 235. Bekker II § 109. Planck Civilproß I § 63. Hasenöhrl Oesterr. Obligationenrecht II § 81.] Ferner sind über diesen Gegenstand für den 8. und 9. deutschen Juristentag Gutachten ausgearbeitet worden von Koch, Götze, Dugge, Eck und Zimmermann, welche abgedruckt sind in den Verhandlungen des Juristentags VIII. 1 S. 283 fg. 309 fg. IX. 2 S. 426 fg. 445 fg. 455 fg. Die Verhandlungen selbst im 8. deutschen Juristentag (Ref. Jhering) s. VIII. 2 S. 94 fg. 321, im 9. IX. 3 S. 64 fg. Doch beziehen sich diese Gutachten und Verhandlungen vorzugsweise oder ausschließlich auf eine besondere Art der Anerkennung, die Schuldanerkennung (§ 412b).

Rechtsverhältnisses. Die Anerkennung hat jedenfalls die Kraft eines Zeugnisses gegen sich selbst, und ist als solches Beweismittel; dieß ist nicht die hier gemeinte Art der Anerkennung. Die Anerkennung, von welcher hier die Rede ist, ist die in verpflichtender Absicht abgegebene und als solche von dem Gegner angenommene Anerkennung, die Anerkennung als Anerkennungsvertrag[1]. Die Verpflichtung, welche durch diesen Vertrag übernommen wird[1a], hat zum Inhalt, a) wenn etwas

---

§ 412a. [1] Daß in der Anerkennung ein Vertrag liegen könne, hat im Vorbeigehen schon Savigny (System VII S. 11) bemerkt; näher nachgewiesen und entwickelt ist es in der citirten, höchst verdienstvollen Schrift von Bähr. Bis dahin sah die herrschende Meinung (welche gegen Bähr neuerdings wieder vertreten wird von Schloßmann, und mit großem Eifer von Hesse, ebenso von Buhl [s. jedoch auch dens. S. 109]) in der Anerkennung unter allen Umständen nur ein Zeugniß gegen sich selbst (außergerichtliches Geständniß). Man zweifelte an der Richtigkeit dieser Auffassung um so weniger, als man sich dafür auf directe Quellenzeugnisse berufen konnte. S. l. 26 § 2 D. dep. 16. 3, l. 5. 6 C. si cert. 4. 2, l. 6 C. de compens. 4. 31. Aber diese Stellen erklären sich vollkommen daraus, daß der Anerkennungsvertrag bei den Römern weder von der Form entbunden war, noch in Stipulationsform abgeschlossen werden konnte; so mußte für die Römer freilich die Anerkennung, so weit die durch sie übernommene Verpflichtung nicht auf dem Wege der Einrede geltend gemacht werden konnte (l. 40 pr. D. de pact. 2. 14, l. 6. 21 C. de solut. 8. 42 [43]), oder so weit nicht durch Hineininterpretirung eines constitutum zu helfen war (l. 24. 26 D. de pec. const. 13. 5, l. 61 pr. D. de O. et A. 44. 7), auf das Niveau eines Beweismittels hinabsinken. — In der Anerkennung kann ein Vertrag liegen; aber ein Vertrag liegt in derselben nicht nothwendig. Ein Vertrag liegt in derselben gewiß dann nicht, wenn sie einem Dritten gegenüber abgegeben wird; aber möglicherweise auch dann nicht, wenn sie demjenigen gegenüber abgegeben wird, dem das Anerkannte zu Gute kommt. „Wer auf die Frage, ob er leugnen könne, etwas schuldig zu sein, einfach mit „„nein"" antwortet, erkennt seine Schuld an, aber ein besonderes Versprechen liegt darin nicht". Bruns S. 95. Ein anderes Beispiel bei Bähr S. 272 (284): ein Angeklagter, zu dessen Verdächtigung es dient, daß er sich zu einer gewissen Zeit Geldmittel verschafft habe, gesteht nach anfänglichem Leugnen in der Confrontation mit einem Zeugen zu, von diesem ein Darlehn empfangen zu haben. [S. auch Planck S. 337. Seuff. Arch. XLII. 209. XLIV. 20.] Damit also in der Anerkennung ein Vertrag gefunden werden könne, ist erforderlich, daß sie dem Gegner zu dem Zwecke hingegeben worden sei, um sie gegen den Anerkennenden gebrauchen zu können. Aber selbst wo dieß der Fall ist, bleibt es immer noch möglich, daß durch die Anerkennung nicht eine Verpflichtung hat übernommen, sondern nur dem Gegner ein Zeugniß gegen sich selbst als Beweismittel hat hingegeben werden sollen. S. darüber Note 2. — Letztwillige Anerkennung: III § 634 Note 2.

[[1a] Nach Bekker S. 253 wird durch die Anerkennung eine Verpflichtung nicht begründet. „Die Rechte, die er (der Anerkennende) sich aberkannt hat, hat er nicht mehr; die Rechte des Anderen, die er anerkannt hat, bestehen". Das ist freilich einfach. B. macht geltend, daß eine Klage auf Anerkennung nicht stattfinde. Gewiß; aber s. Note 4. 5. 6. Auch Wendt § 235 spricht der Anerkennung, wenn in derselben nicht ein constitutum debiti liege, die verpflichtende Kraft, aber zugleich allen (civilrechtlichen) Werth ab.]

als bestehend anerkannt worden ist, sich der processualischen Behauptung des als bestehend Anerkannten unterwerfen[2], d. h. diese Behauptung weder bestreiten, noch sie als processualisch unzulässig zu-

[2] So im Wesentlichen Savigny, Bähr, Unger, v. Salpius, Vangerow, Jhering, Lenel Jahrb. für Dogm. XIX S. 225 fg., [Planck]; s. auch E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. § 284 Note 10b. Vgl. Seuff. Arch. XXVIII. 26. Anders Bruns, und im Wesentlichen auch Schlesinger und Zimmermann. Diese letzteren Schriftsteller sehen in dem Anerkennungsvertrag nur die Uebernahme der Verpflichtung, das Anerkannte als bewiesen annehmen, für dasselbe keinen weiteren Beweis verlangen zu wollen (s. g. Beweisvertrag). Hiernach wäre auch die vertragsmäßige Anerkennung wieder nur Beweismittel. Der Unterschied beider Ansichten zeigt sich praktisch darin, daß nach dieser letzten die Kraft der Anerkennung durch einfachen Gegenbeweis, nach der ersten nur durch Anfechtung (Note 8) gebrochen werden kann (in dieser Beziehung abweichend Zimmermann), so wie darin, daß nach der ersten Ansicht für den Inhaber der Anerkennung auch die Pflicht der processualischen Substantiirung wegfällt, nicht aber nach der letzten (Note 2a). Ich selbst habe mich in der ersten Auflage dieses Lehrbuchs (§ 284a) der letzten Ansicht angeschlossen, bestimmt durch die Entscheidungen unserer Quellen, welche dem Bekenntniß über den Empfang einer geschuldeten Summe (der Quittung) lediglich Beweiswirkung zuschreiben. S. l. 19 § 1 D. de accept. 46. 4, l. 6. 13 C. de solut. 8. 42 [43]. Nach meiner jetzigen Ueberzeugung aber nöthigen diese Stellen nur zu dem Zugeständniß, daß möglicherweise auch der dem Gegner zum Zweck des Gebrauchs hingegebenen Anerkennung nur die Absicht zu Grunde liegen kann, dem Gegner einen Beweis zu verschaffen, nicht aber, daß sie diese Absicht nothwendigerweise haben muß. Hierzu stimmt auch l. 40 pr. D. de pact. 2. 14, in welcher Stelle der Erklärung: profiteor te non teneri, die Bedeutung eines pactum de non petendo beigelegt wird. S. auch l. 35 eod. Es ist also für den einzelnen Fall eine Auslegungsfrage, in welchem Sinne die Anerkennung wirklich erfolgt ist, und ich verkenne nicht, daß hierdurch die Lehre von der Anerkennung an praktischer Brauchbarkeit unendlich verliert; aber es handelt sich für uns nicht de lege ferenda, sondern wir haben die Verpflichtung, dem Inhalt unserer Quellen gerecht zu werden. Die Art und Weise, wie Bähr, welcher der Anerkennung in allen Fällen die stärkere Wirkung beilegt, die oben genannten Stellen zu beseitigen sucht (S. 237 [261]), kann ich ebensowenig billigen, wie den Lösungsversuch, welcher sich bei E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. § 291 Note 1b und § 341 Note 3a findet. — Lassen sich aber nicht wenigstens Anhaltspunkte für die Entscheidung im einzelnen Fall gewinnen? Wetzell Civilproc. § 22 unterscheidet nach dem Gegenstand der Anerkennung (des außergerichtlichen Geständnisses); sei ihr Gegenstand eine Thatsache, so habe sie nur Beweiswirkung; sei ihr Gegenstand ein Rechtsverhältniß, so habe sie „der Regel nach den Charakter einer Disposition". Ich möchte auch dieses „der Regel nach" streichen, und der auf Rechtsverhältnisse gerichteten Anerkennung unbedingt dispositive Kraft beilegen, weil auf Rechtsverhältnisse der Beweis keine Anwendung findet, und weil Anerkennungen zu einem praktischen Zwecke gegeben werden, ein Rechtsverhältniß aber als solches ohne Zurückführung auf Thatsachen, wenn eben nicht die Anerkennung hilft, processualisch nicht verwerthet werden kann (Note 4). Dagegen bin ich nicht in gleicher Weise sicher, ob der auf Thatsachen gerichteten Anerkennung immer nur die schwächere Wirkung beigelegt werden darf. Umgekehrt ist Unger noch weit zurückhaltender, als Wetzell; dieser Schriftsteller erklärt es selbst für das Schuldbekenntniß für eine offene Frage, ob dasselbe dispositive oder nur Beweis-

rückweisen zu wollen[2a]; b) wenn etwas als nicht bestehend anerkannt worden ist, das als nicht bestehend Anerkannte processualisch nicht behaupten zu wollen[3]. Wird die Behauptung des als bestehend Anerkannten dennoch bestritten oder processualisch bemängelt, so wird der Anerkennende verurtheilt[4], als wäre dieß nicht geschehen[5]. Wird das als nicht bestehend Anerkannte dennoch behauptet, so wird diese Behauptung als unzulässig zurückgewiesen[6]. Die in der neueren Zeit aufgestellte Behauptung[6a], ein Vertrag des bezeichneten Inhalts ent-

---

kraft habe. v. Canstein erklärt die Anerkennung von Thatsachen für einen Beweisvertrag, die Anerkennung von dinglichen, Familien- oder Erbansprüchen (vorausgesetzt daß sie vor der betreffenden Behörde abgegeben sei) für ein „Urtheilsurrogat", der Anerkennung von obligatorischen Ansprüchen spricht er allen Werth ab, weil der Richter nicht ohne nachgewiesene causa verurtheilen dürfe (vgl. § 412b Note 1). [Uebereinstimmend mit dem hier Gesagten Planck S. 338; a. M. Bekker S. 252, der Alles auf Willensauslegung stellt (vgl. S. 249. 259).] — Im Vorstehenden ist nur auf den Fall Rücksicht genommen, wo die Anerkennung in der Ueberzeugung von der Wahrheit des Anerkannten abgegeben wird. Wie aber, wenn sie abgegeben wird, wie das ebenfalls möglich ist, in der Ueberzeugung von der Nichtwahrheit des Anerkannten oder im Zweifel an seiner Wahrheit? Dann ist davon auszugehen, daß die Anerkennung in dispositivem Sinne gegeben sei — und nur der Fall ist auch hier wieder auszunehmen, wo die Anerkennung erfolgt in Erwartung des Wahrwerdens des Anerkannten (Quittung in Erwartung der Zahlung, Empfangsbekenntniß in Erwartung des zu gewährenden Darlehns).

[2a] Wegen Mangels der Substantiirung, d. h. der Zurückführung des auf Grund der Anerkennung behaupteten Rechts auf die es begründenden Thatsachen.

[3] Diejenigen, welche in der positiven Anerkennung (Anerkennung des Bestehens) nur einen Beweisvertrag in dem zuvor angegebenen Sinn sehen, müssen auch der negativen Anerkennung (Anerkennung des Nichtbestehens) lediglich Beweiswirkung beilegen. — Buhl a. a. O. nennt die negative Anerkennung nicht übel Aberkennung. v. Canstein a. a. O. S. 3: Aberkenntniß. Unger a. a. O. S. 194: Schuldaberkenntniß.

[4] Ungenauer Ausdruck im Interesse der Kürze. Das Anerkannte kann natürlich auch zum Zwecke der Vertheidigung vorgebracht werden.

[5] Von Savigny an dem in Note 1 bezeichneten Ort wird der „Recognitivvertrag" mit dem gerichtlichen Geständniß als „ein auf gleichen Zweck gerichteter Vertrag" zusammengestellt. So auch Bähr S. 168—169 (183—184). Nach dieser Auffassung läge in der (positiven) Anerkennung die Anticipation eines gerichtlichen Geständnisses, ein im Voraus abgegebenes unwiderrufliches Geständniß. Von Unger wird eine andere Analogie betont, die des gerichtlichen Geständnisses. „Der Anerkenntnißvertrag ist ein Surrogat des richterlichen Urtheils: die Parteien sind Richter in eigener Sache: sie sprechen sich selbst das Urtheil" (S. 180).

[6] Und demzufolge gar nicht zum Beweise zugelassen. Analogie: die Parteien haben den Vertrag abgeschlossen, daß ihr Streit durch einen Schiedsrichter entschieden werden solle.

[6a] So gleichzeitig (1881), unabhängig von einander, Bülow Arch. f. civ. Pr. LXIV S. 62 fg. und (sehr viel tiefer greifend) Wach das. S. 216 fg. S. auch v. Liebe Gruchot's Beiträge XXVIII S. 563, [Kohler das. XXXVIII S. 301 fg.

halte einen unbefugten Eingriff in das Proceßrecht und sei deßwegen ungültig, ist nicht gerechtfertigt[6b].

Der Grund, welcher den Anerkennenden zur Anerkennung bestimmt, kann ein sehr verschiedener sein. Der nächstliegende Fall der Anerkennung ist der, wo sie erfolgt auf Grund der Ueberzeugung von der Wahrheit des Anerkannten; ihr Zweck ist in diesem Fall Verschaffung größerer Sicherheit. Die Anerkennung kann aber auch erfolgen, obgleich die Ueberzeugung von der Wahrheit des Anerkannten nicht vorhanden ist, oder obgleich die Ueberzeugung von der Unwahrheit des Anerkannten vorhanden ist. In diesem Fall enthält die Anerkennung eine Vermögenszuwendung, deren Grund so verschieden sein kann, wie der einer Vermögenszuwendung überhaupt[7]. Eine besondere Anwendung dieser letzteren Art der Anerkennung bildet die Anerkennung, welche im Vergleiche, im Schiedsrichter- und Schiedseidvertrag enthalten ist oder enthalten sein kann; von diesen Verträgen wird des Näheren in § 413 fg. die Rede sein. — Erfolgt die Anerkennung auf Grund der Ueberzeugung von der Wahrheit des Anerkannten, so bildet die Wahrheit des Anerkannten ihre Voraussetzung, und sie kann daher bei Unwahrheit des Anerkannten angefochten werden wegen ermangelnder Voraussetzung. Hierzu reicht aber Beweis der Unwahrheit des Anerkannten nicht aus, sondern es muß auch Entschuldbarkeit des Irrthums nachgewiesen werden, kraft dessen das Unwahre für wahr gehalten worden ist[8].

Die Wirkung der Anerkennung erstreckt sich über die Personen der vertragschließenden Parteien hinaus auf ihre Rechtsnachfolger, Gesammt- oder Sondernachfolger[9], so wie auf die Mitbetheiligten nach den I § 132 Note 4—6 entwickelten Regeln[10].

Planck (nam. S. 343) nimmt an einem Vertrag der bezeichneten Art keinen Anstand.]

[6b] Wenn man nach der CPO. gültig versprechen kann, sich ohne Weiteres exequiren zu lassen (§ 702 Nr. 5), warum sollte man in ihrem Sinne nicht gültig versprechen können, sich ohne Weiteres verurtheilen zu lassen? Was die negative Anerkennung angeht, s. die in Note 6 bezeichnete Analogie. Vgl. dazu Wach Handb. des deutschen Civilproceßrechts I S. 71. 72.

[7] So namentlich Schenkung (l. 6 C. de solut. 8. 42 [43]), Erwartung einer Leistung l. 21. 23 eod.). Vgl. l. 29 § 1 D. de donat. 39. 5, l. 1 § 7 D. si quid in fraud. patr. 38. 5. Seuff. Arch. XXVIII. 20, XXXVIII. 102.

[8] Nach der Analogie der condictio indebiti, s. § 426 Ziff. 3. 5. Vgl. auch l. 2 D. de conf. 42. 2, c. 3 X. de conf. 2. 18, c. 2 de rest. in VI° 1. 21. Seuff. Arch. XXII. 200, [XLV. 89].

[9] Das Erste versteht sich von selbst; für das Zweite l. 8 D. de iurei. 12. 2, [vgl. auch l. 17 § 5 D. de pact. 2. 14]. Man sage nicht, daß in l. 8 cit. der Eid als Eid (als Quelle objectiver Wahrheit) wirke, nicht kraft der in der Zu-

§ 412b.

Eine besondere Art der Anerkennung ist die Schuldanerkennung, das Schuldbekenntniß; gewöhnlich wird dasselbe schriftlich ausgestellt, und so spricht man von Schuldschein. Das Schuldbekenntniß steht an und für sich unter den Regeln der Anerkennung überhaupt, und berechtigt demnach an und für sich denjenigen, zu dessen Gunsten es ausgestellt ist, die anerkannte Schuld ohne Weiteres einzutreiben, ohne daß er verpflichtet wäre, die Thatsachen anzuführen, auf denen sie beruht[1]. Es hat jedoch in Widerspruch hiermit eine positive Be-

---

schiebung desselben enthaltenen Disposition; denn s. l. 14 D. de iure patr. 37. 14. [Vgl. Bekker S. 255.]

[10] Vgl. l. 28 pr. l. 42 § 3 D. de iurei. 12. 2. Die bezeichneten Regeln wahren vollkommen den Charakter der Anerkennung als einer Disposition, im Gegensatz zu einer objectiven Entscheidung. — Daß die Anerkennung des Schuldners nicht gegen den Bürgen wirkt: Seuff. Arch. XXXII. 234. — Anerkennung der Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Testaments: § 413 a. E., III § 566 Ziff. 1.

§ 412b. [1] Anders die herrschende Meinung, welche in dem Schuldbekenntniß, wie in der Anerkennung überhaupt, nur ein Beweismittel sieht. Für sie ist das Schuldbekenntniß an sich, d. h. abgesehen von dem etwa in demselben bezeugten thatsächlichen Grund der Schuld, schon deßwegen werthlos (im Uebrigen s. Note 2), weil der in dem Schuldbekenntniß als Gläubiger Anerkannte gar nicht zum Beweise gelangt; es wird seine Behauptung, daß der Gegner sein Schuldner sei, als nicht der Vorschrift processualischer Substantiirung entsprechend, als processualisch unzulässig, zurückgewiesen; substantiirt er aber seine Behauptung des Schuldigseins, so hat er dafür im Schuldbekenntniß keinen Beweis. Die gleiche Schwierigkeit wiederholt sich übrigens auch für die Auffassung, welche in der Anerkennung einen Vertrag findet. Es sind verschiedene Versuche gemacht worden, um ihr zu entgehen. 1) Schloßmann a. a. O. behauptet, das außergerichtliche Geständniß unterscheide sich dadurch von anderen Beweismitteln, daß es von der Pflicht der processualischen Substantiirung entbinde. Ein Beweis ist für diese Behauptung nicht beigebracht. Gleicher Ansicht mit einer Beschränkung Hesse Juristische Probleme S. 81 fg. 2) Bruns (a. a. O. S. 129—130) und Schlesinger (a. a. O. S. 146. 156) suchen dadurch zu helfen, daß sie in das Schuldbekenntniß, oder in die Uebergabe des Schuldbekenntnisses, ein Erfüllungsversprechen (constitutum debiti) hineininterpretiren, so daß also dieses letztere der Klagegrund sein würde. Für diesen Ausweg habe auch ich mich in der 1. Auflage dieses Lehrbuchs ausgesprochen, und so viel ist jedenfalls sicher, daß eine solche Interpretation durchaus quellenmäßig ist, s. l. 31 D. de pec. const. 13. 5, l. 61 pr. D. de O. et A. 44. 7 (wo entschieden wird, daß aus einem Schuldbekenntniß, wie das hier zur Frage stehende, ein Dritter nicht verpflichtet sei), vgl. auch l. 24 D. de pec. const. Aber nicht unzweifelhaft ist, ob mit dieser Interpretation wirklich geholfen ist; denn es läßt sich doch immer fragen, und es ist gefragt worden (Bähr S. 188 der 2. Aufl., Unger S. 211), ob denn nach heutigem Proceßrecht nicht auch in der Constitutsklage die in Bezug genommene Schuld, deren Bestand ja für den Bestand des Constitutum Bedingung ist, processualisch substantiirt werden müsse. 3) Einen anderen Weg haben Bähr und Unger, und nach Bähr Brinz 1. Aufl. § 100 (vgl. 2. Aufl. II § 311 Note 3) und Vangerow III S. 335, Göß, Eck, [Hasenöhrl] mit Abweichungen

stimmung des römischen Rechts einem jeden Schuldbekenntniß die verbindende Kraft abgesprochen, welches nicht den thatsächlichen Grund der anerkannten Schuld wenigstens im Allgemeinen bezeichnet [2].

im Einzelnen, früher auch ich, krit. VJSchr. I S. 106 fg., eingeschlagen. Diese Schriftsteller sehen in dem Schuldbekenntniß nicht das Versprechen der Unterwerfung unter die Behauptung des Bestehens einer Schuld, sondern Neubegründung einer Schuld. Das Schuldbekenntniß soll nur eine Form sein für das einfache Versprechen; „ich bekenne, 100 schuldig zu sein", soll so viel heißen, als „ich verspreche, 100 zu geben", weßwegen auch von den genannten Schriftstellern das Schuldbekenntniß mit der Stipulation parallelisirt wird (s. g. accessorische Stipulation). Diese Auffassung halte ich auch jetzt noch, wie in der 1. Auflage, für unzutreffend, und glaube nicht, daß sie dazu beitragen wird, der rechtlichen Wirksamkeit des Schuldbekenntnisses neue Anhänger zu erwerben. Das Schuldbekenntniß kann Form für die Begründung einer bis dahin nicht bestehenden Schuld sein, und ist dieß jedenfalls dann, wenn eine Schuld im Bewußtsein ihres Nichtbestandes anerkannt wird. Aber daß die Anerkennung in diesem Sinne erfolgt sei, hat im gegebenen Fall zu beweisen, wer es behauptet; bis zur Erbringung dieses Beweises muß das Schuldbekenntniß nach seinem Wortsinn ausgelegt werden, und „ich bekenne, Schuldner, zu sein" heißt eben nicht: ich mache mich dadurch zum Schuldner, daß ich mich als Schuldner bekenne, und damit die Macht gegen mich einräume, mich als Schuldner zu behandeln; sondern: ich bekenne, daß ich jetzt, wo ich bekenne, Schuldner bin, also vorher, durch irgend eine Thatsache, Schuldner geworden bin. 4) Mit Präsumtionen wollen helfen Zimmermann und Buhl (es sei zu präsumiren, daß die in der Klage substantiirten Thatsachen die der anerkannten Schuld zu Grunde liegenden seien). 5) Die Construction, welche ich für die richtige halte, ist im vorigen § zu Note 2a bezeichnet worden. Der Anerkennende hat durch die Anerkennung das Recht processualischer Bemängelung der Berufung auf die Schuld nicht minder aufgegeben, wie das Recht directer Bestreitung derselben. — In Betreff der Praxis s. die Citate aus Seuffert's Archiv in der folgenden Note; außerdem das. IX. 49.

[2] Die Stellen, welche hier in Betracht kommen, sind l. 25 § 4 D. de prob. 22. 3 (deren Bestimmung in c. 14 X. de fide instr. 2. 22 wiederholt ist) und l. 13 C. de non num. pec. 4. 30 — unglückselige Stellen, die schon viele Mühe verzehrt haben, und voraussichtlich noch viele verzehren werden, ohne daß jemals ein reines Resultat erzielt werden wird. Vgl. über diese Stellen: Cropp in Heise und Cropp jur. Abhandlungen I S. 349 fg. (1827), Sintenis in Sell's Jahrb. I S. 292 fg. (1841), Gneist formelle Verträge S. 198—219 (1845), Windscheid Lehre von der Voraussetzung S. 196—202 (1850) und krit. VJSchr. I S. 109. 126. 437 (1859). Bähr Anerkennung § 38. 63—66 (1855. 1867), Dernburg Heidelb. krit. Zeitschr. III S. 508—510 (1856), Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten S. 39—63. 100 fg. 145 fg. (1858), Girtanner Stipulation S. 298—325 (1859), H. Witte Bereicherungsklagen 201—211. 245 fg. (1859), v. Salpius Novation und Delegation S. 287—310 (1864), Schloßmann zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge S. 5—21 (1868), Göß a. a. O. (§ 412a Note *) S. 359 fg., Spaltenstein das specifisch juristische Geschäft S. 162 fg. (vgl. Eisele krit. VJSchr. XX S. 13), Huschke Darlehn S. 108 fg., Eisele Zeitschr. der Sav.-Stift. VII S. 29 fg.; Vangerow III § 625 Anm. 2 Nr. 3, Rudorff zu Puchta § 257. h, Sintenis § 96 Note 48, Brinz S. 429 fg. (2. Aufl. II S. 569 fg.), E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. § 247 Note 7, Arndts § 233 Anm. 7. Auf Grund der genannten Stellen

Die Quittung (das Bekenntniß über den Empfang einer Zahlung) enthält an und für sich eine verpflichtende Anerkennung, einen Aner=

---

erklärt die in Theorie und Praxis herrschende Meinung jedes Schuldbekenntniß für rechtlich unwirksam, in welchem nicht der thatsächliche Grund der anerkannten Schuld so genau bezeichnet ist, daß auch aus diesem thatsächlichen Grunde Klage erhoben werden könnte (s. g. cautio discreta, im Gegensatz der indiscreta). In der That scheinen die genannten Stellen die gemeine Meinung unwiderleglich zu beweisen. Bedenkt man jedoch, daß dieselben nicht von Schuldscheinen schlechthin handeln, sondern von Stipulationsurkunden, welche für eine als bestehend angenommene Schuld ausgestellt sind (vgl. für diesen jetzt kaum noch bestrittenen Satz namentlich Gneist a. a. O. S. 200 fg.), so ergibt sich wenigstens die Möglichkeit der Frage, ob die bezeichneten Stellen unter einer „cautio quae indiscrete loquitur", d. h. in welcher der Aussteller nicht „specialiter . . causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit" (l. 25 § 4 cit., l. 13 C. cit. spricht von einem „specialiter causam edicere"), in der That eine cautio verstehen, in welcher der Grund der Schuld, und nicht vielmehr eine cautio, in welcher der Grund des Versprechens (eben das Bestehen einer Schuld) nicht angegeben ist. Für diese Auslegung hat sich namentlich Schlesinger ausgesprochen, ebenso Dernburg und Windscheid in der KVJSchr., nicht dawider Arndts krit. Ueberschau IV S. 247. Ich halte diese Erklärung noch immer für möglich der Pandektenstelle gegenüber; dagegen verzweifele ich an ihrer Durchführbarkeit gegenüber der Codexstelle. In derselben die Worte „eamque causam specialiter promissor edixerit" von einer Bezeichnung des debitum, und nicht von einer Begründung der antecedens causa debiti zu verstehen, kann ich mich nicht mehr überwinden. Von der anderen Seite verlangt l. 13 C. cit. gewiß nicht specielle Bezeichnung der causa, sondern eben nur Bezeichnung der causa als einer antecedens (es soll das in der Urkunde Bezeugte nicht der Empfang eines Darlehns sein); und läßt sich nicht das „specialiter" in l. 25 § 4 cit. in gleicher Weise verstehen? (Ich nehme als feststehend an, daß die eine Stelle aus der anderen erklärt werden muß; mag die Pandektenstelle aus der Codexstelle entnommen sein, was ich für das Wahrscheinlichere halte, oder umgekehrt diese aus jener: eines von Beiden ist gewiß der Fall. [Vgl. Gradenwitz Interpolationen S. 14. 15.]) Hieraus würde sich die im Texte bezeichnete mittlere Meinung ergeben; ein Schuldbekenntniß, in welchem der Aussteller bloß bekennt, „daß er 100 schuldig sei", wäre allerdings unverbindlich; nicht aber ein Schuldbekenntniß, in welchem er z. B. bekennt, „daß er für gemachte Auslagen 100 schuldig sei". Man hätte dann auch eine Versöhnung mit anderen Stellen der Compilation, welche ein Schuldbekenntniß der genannten Art als rechtlich wirksam anerkennen (l. 47 § 1 D. de pact. 2. 14, l. 61 pr. D. de O. et A. 44. 7, über l. 20 D. de inst. act. 14. 4 s. § 482 Note 17), Stellen, von welchen im Uebrigen angenommen werden müßte, daß sie den oben genannten, in welchen gewiß der eigentliche Ausdruck der Willensmeinung der Compilatoren enthalten ist, weichen. S. auch Bruns a. a. O. S. 129. — In anderer Weise unterscheidet Girtanner a. a. O. (unter Zustimmung von Fitting Zeitschr. f. Handelsr. III S. 293). Er versteht unter cautio quae indiscrete loquitur eine Stipulationsurkunde, in welcher das Schuldbekenntniß nicht abgesondert (abgesondert von der Stipulationsformel) gegeben ist, und läßt die l. 25 § 4 cit. sagen, daß eine solche cautio, um zu beweisen, den Grund der Verschuldung nennen müsse („C quae debes dare spondes? C quae debes ex testamento dare spondes"?). In noch anderer, aber wie mir scheint, willkürlicher Weise sucht Bähr die l. 25 § 4 cit. zu beseitigen (übereinstimmend Brinz in der ersten Auflage, nicht mehr

kennungsvertrag, nicht, sondern ist nur Beweismittel[3]; sie kann aber nach Lage der Umstände eine verpflichtende Anerkennung wirklich ent-

---

in der zweiten). S. auch Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLVII S. 154 Note 1. Eine besondere Meinung auch bei Schloßmann a. a. O. Witte findet in der l. 25 § 4 cit. zwar den ihr von der gemeinen Meinung beigelegten Sinn, glaubt aber, daß sie als im Widerspruch „mit dem sonst im corpus iuris enthaltenen Recht" stehend, keine Beachtung verdiene. — Auch die Praxis zeigt doch eine entschiedene Neigung, sich von der gemeinen Meinung zu emancipiren. Sie hat sich namentlich dadurch zu helfen gesucht, daß sie die Abrechnung als selbständigen Schuldgrund anerkannt hat — obgleich gewiß nicht in der Abrechnung als solcher, welche eine reine Rechnungsoperation ist, ein neues Leistungsversprechen liegt, sondern höchstens in dem Schuldbekenntniß selbst, welches auf Grund dieser Rechnungsoperation abgegeben wird. Aber freilich auf der anderen Seite: Abrechnung ist Verweisung auf causa antecedens, wenn auch nicht eine specialisirte (vgl. oben, und die daselbst genannten Stellen: „ex ratione mensae", „ex contractibus plurimus", „reliqua"). Die Abrechnung ist als Schuldgrund anerkannt worden, namentlich von dem OAG. zu Cassel nach Ausweis des Aufsatzes von Pfeiffer in den prakt. Ausführungen VIII S. 64 fg. und Seuff. Arch. VII. 246, XII. 17, XIV. 16. S. ferner VII. 302 (Kiel), XII. 17 (Rostock), XIII. 247 und XIV. 17 (Stuttgart), XXI. 31 (HAG. zu Nürnberg), XXII. 200 (OAG. zu Berlin), XXV. 15 (Celle); etwas anders III. 105 (Darmstadt), wo verlangt wird, daß in der Klage das der Abrechnung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft oder Rechtsverhältniß wenigstens der Gattung nach bezeichnet sei (Näheres im Arch. f. prakt. RW. V S. 116 fg.). Vgl. ferner II. 326 (Dresden: Schuldbekenntniß ohne Angabe des Entstehungsgrundes der Schuld reicht in Verbindung mit einem Zahlungsversprechen zur Begründung der Klage hin), XII. 260 (Wolfenbüttel: Anerkenntniß bildet ein selbständiges Klagfundament), XX. 115 vgl. XVIII. 223. 210 (Celle: ebenso), XXI. 30 (OT. zu Berlin: der Schuldschein bildet ein selbständiges Klagfundament), XXIV. 230 (OAG. zu Berlin: in dem Schuldbekenntniß liegt ein Zahlungsversprechen). Auf der andern Seite: XVIII. 137 (Wiesbaden: Anerkenntniß bildet einen selbständigen Klagegrund nicht), III. 105, XIX. 24, XXIV. 23, XXVI. 127. 230 (Darmstadt: Anerkenntniß bildet ein selbständiges Klagfundament dann, wenn in der Klage das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft oder Rechtsverhältniß wenigstens der Gattung nach bezeichnet wird), VI. 178 (Oldenburg: der Schuldschein bildet einen Klagegrund, wenn die causa debendi speciell bezeichnet ist), VII. 252 (Cassel) und VIII. 180 (Jena): die cautio indiscreta beweist nicht vollständig, kann aber von Belang sein in Betreff des Betrages der Schuld und der Zahlungszeit, XXV. 226 (Wolfenbüttel: zu den Erfordernissen der Schuldanerkennung gehört regelmäßig, daß dieselbe den Rechtsgrund der anerkannten Schuld ersehen lasse). Vgl. noch Seuff. Arch. XL. 10. — Das HGB. erklärt bei den in Art. 301 näher bezeichneten „Anweisungen und Verpflichtungsscheinen" ausdrücklich „die Angabe des Verpflichtungsgrundes oder das Empfangsbekenntniß der Valuta" für unnöthig.

[3] S. die im vorigen § Note 2 citirten Stellen. Seuff. Arch. XXXVI. 104 (RG.). A. M. Bähr S. 232 fg. (265 fg.), (Brinz 1. Aufl. S. 638 (2. Aufl. II S. 458), auch v. d. Pfordten Abhandl. S. 300 und E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. § 284 Note 10, neuestens Bähr Urteile des Reichsgerichts S. 21 fg. [Planck S. 339, Dernburg II § 54 a. E.] — Es ist hierbei zunächst nur auf den Fall Rücksicht genommen, wo durch den Ausdruck „empfangen" oder einen anderen gleichbedeutenden quittirt worden ist. Aber auch wenn der Ausdruck „quittiren", „Quittung", selbst gebraucht worden ist, darf meiner An-

halten, und thut dieß namentlich dann, wenn sie in Kenntniß von der nicht erfolgten Zahlung, und nicht in Erwartung der Zahlung, ausgestellt ist[4].

2. Der Vergleich*.

a. Begriff und Rechtsverhältniß.

§ 413.

Der Vergleich ist ein Vertrag, durch welchen zwei Parteien die zwischen ihnen in Betreff eines Anspruchs bestehende Ungewißheit auf dem Wege gegenseitigen Zugeständnisses beseitigen. Der Anspruch kann ein dinglicher[1], obligatorischer[2], familienrechtlicher[3] sein. Die Ungewißheit kann — und dieß ist der Hauptfall — ihren Grund in der Bestrittenheit des Anspruches haben[4]; aber auch darin, daß die künftige Existenz[5], oder der Umfang[6], oder die Realisirbarkeit[6a] des Anspruchs

---

sicht nach nicht anders entschieden werden. Es mag sein, daß dieser Ausdruck seiner Etymologie nach nicht auf ein Empfangsbekenntniß geht, sondern auf ein Aufgeben der Forderung; aber ich glaube nicht, daß er heutzutage im Leben in diesem Sinne gebraucht wird. Doch ist dieß eine factische Frage, welche vielleicht auch für die verschiedenen Gegenden Deutschlands verschieden zu beantworten ist.

[4] In diesem Falle ist die Quittung eine Form des Erlaßvertrages und steht ganz der römischen acceptilatio gleich. Vgl. l. 6. 21. 23 C. de solut. 8. 42 [43], und über den Fall, wo in Erwartung der Zahlung quittirt wird, noch E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. § 291 Note 1b.

* Dig. 2. 15 Cod. 2. 4 de transactionibus. — Risch die Lehre vom Vergleich mit Ausnahme des Eides und Compromisses (1855). Glück V S. 1—98; Unterholzner I S. 658—660, Sintenis II S. 483—489. [Sturm die Lehre vom Vergleiche nach gem. u. Preuß. R. Berlin 1889. Hasenöhrl Oesterr. Obligationenrecht II § 82. Bekker II § 110.]

§ 413. [1] Beispiele von Vergleichen über dingliche Ansprüche in l. 2. 9. 11. 15. 34 [33] C. h. t. Erbschaftstheorie: l. 3 pr. l. 14 D. h. t., l. 2. 6. 10. 15 C. h. t.

[2] Z. B. l. 1. 3. 4 C. h. t.

[3] Z. B. auf Anerkennung der Vaterschaft. Vgl. l. 10 (auch l. 43) C. h. t. Risch S. 71. 72.

[4] S. z. B. l. 1 D. l. 2. 12. 17 C. h. t., l. 65 § 1 D. de cond. ind. 12. 6.

[5] Z. B. l. 11 C. h. t.: von zwei Miterben soll derjenige dem andern ein Vermächtniß auszahlen, welcher ohne Kinder sterben wird. S. auch l. 1 16 C. de pact. 2. 3.

[6] Der Anspruch geht z. B. auf eine jährliche Prästation für die Lebenszeit des Berechtigten. L. 8 D. h. t.

[6a] Z. B. Der Berechtigte weiß, daß die Folge seines Vorgehens gegen den Verpflichteten dessen Concurs sein, und daß er dabei einen Ausfall erleiden werde, während es ungewiß ist, ob der Verpflichtete jemals neues Vermögen erwerben wird. Vgl. auch § 414 Note 9. — Buhl in der § 412a Note * citirten Schrift S. 74 fg. möchte den Begriff des Vergleichs beschränken auf den Fall der Bestrittenheit des Anspruchs, und den gegenseitigen Vertrag zum Zweck der Feststellung eines objectiv ungewissen Rechtsverhältnisses neben den Vergleich unter eine Kategorie stellen, für welche er die römische Bezeichnung „transactio" in Anspruch nimmt und die deutsche Bezeichnung Auseinandersetzung vorschlägt, und

ungewiß ist. Das gegenseitige Zugeständniß kann darin bestehen, daß der Anspruch theilweise befriedigt, theilweise aufgegeben bez. theilweise als bestehend, theilweise als nicht bestehend anerkannt wird [7]; aber auch darin, daß er ganz befriedigt oder aufgegeben bez. als bestehend oder nicht bestehend anerkannt und von der anderen Partei eine Gegenleistung anderer Art gemacht oder versprochen wird [8]. Diese Gegenleistung kann einen so verschiedenen Inhalt haben, wie jede andere Vermögensleistung [9]. Wird nur von der einen, nicht auch von der anderen Seite ein Zugeständniß gemacht, so liegt kein Vergleich vor, sondern eine verkappte Schenkung [10].

Das Rechtsverhältniß zwischen den vertragschließenden Parteien bestimmt sich im Allgemeinen nach den Grundsätzen von den gegenseitigen Verträgen [11], im Besonderen nach dem Inhalt der getroffenen

---

in welche er außer den bezeichneten Fällen ferner einreiht a) die einseitige Anerkennung oder Aberkennung eines Anspruchs zum Zweck der Feststellung, b) die vertragsmäßige Aufhebung einer Gemeinschaft. Es ist zuzugeben, daß die Quellen die Ausdrücke transigere und transactio in diesem weiteren Sinne gebrauchen (obgleich nicht alle von Buhl angeführten Stellen beweiskräftig sind, aber s. z. B. l. 39 § 13 D. de admin. tut. 26. 7, l. 29 D. de don. 39. 5, l. 35 D. de pactis 2. 14). Allein ich zweifle, ob durch Zusammenstellung der vertragsmäßigen Theilung mit dem Vergleich und der Anerkennung irgend eine sachliche Frucht zu gewinnen ist. Von der anderen Seite theilt mit dem Vergleich und der Anerkennung dieselbe Natur der Schiedsrichter- und der Schiedseidvertrag, welche Buhl zur „Auseinandersetzung" nicht zählt, und es gibt Rechtssätze, welche für alle diese Geschäfte in gleicher Weise gelten (s. § 412a a. E., § 413 a. E., § 415 a. E., § 416 zu Note 11, § 418 zu Note 6 und 7). [Für die Beschränkung des Begriffs des Vergleichs oder des „echten" Vergleichs auf den Fall der Bestrittenheit des Anspruchs Sturm S. 1 fg., Herold Grünhut's Zeitschr. XVI S. 694 fg.]

[7] S. z. B. l. 6 C. h. t.

[8] Z. B. l. 9. 34 [33] C. h. t. Seuff. Arch. XXXVI. 38.

[9] Sie kann z. B. zum Inhalt haben Eigenthumsverschaffung, Begründung oder Aufgabe eines Rechts an fremder Sache, Begründung oder Aufgabe eines Forderungsrechts ꝛc. Seuff. Arch. XXXV. 119.

[10] L. 1 D. h. t. „Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit; qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit". L. 38 C. h. t. „Transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit". Doch haben die Worte dieser Stelle in ihrem ursprünglichen Zusammenhange einen andern Sinn gehabt, vgl. l. 3 C. de repud. her. 6. 31.

[11] S. § 321. Namentlich also: a) keine Partei kann Erfüllung des Vergleichs fordern, ohne ihrerseits erfüllt zu haben, ohne Erfüllung anzubieten. L. 21 i. f. C. de pact. 2. 3. b) Wer erfüllt hat, oder Erfüllung anbietet, kann von dem Gegner Erfüllung fordern. Bei den Römern konnte nur, wer erfüllt hatte, Erfüllung fordern (mit der actio praescriptis verbis, l. 6. 33 [34] C. h. t., oder durch Geltendmachung des aufgegebenen Anspruchs, l. 28. 36 C. h. t., s. unten bei c), nicht, wer nur Erfüllung anbot; denn der Vergleich war bei den Römern kein Consensualcontract. L. 21 C. de pact. 2. 3, l. 17. 28 C. h. t. c) Wer

Beredung[12]. Eine Verpflichtung erzeugt der Vergleich nicht nothwendig, sondern nur insofern, als er entweder direct ein Versprechen enthält, oder eine Erklärung, durch welche der Rechtszustand, welcher nach der Erklärung stattfinden soll, nicht sofort auch bewirkt ist[13].

---

erfüllt hat, kann von dem Gegner nur Erfüllung verlangen, nicht Rückgabe des Empfangenen. So, wie es scheint, schon bei den Römern, obgleich gegen das Princip (die actio praescriptis verbis schließt an und für sich die condictio ob causam datorum nicht aus, I § 99 Note 1); dafür sprechen l. 36 C. h. t. („ne quid amplius ab ipsis exigi possit, exceptionis proficit aequitas", d. h. derjenige, welcher seinen Anspruch aufgegeben hat, kann seinen Anspruch noch geltend machen, so weit die versprochene Gegenleistung reicht, um diese zu erzwingen — aber weiter nicht, vgl. Risch S. 209), l. 28 C. h. t. („poteris ad obsequium placitorum adversarium tuum urgere"). S. freilich auf der anderen Seite l. 27 pr. D. de inoff. 5. 2, l. 3 C. de rep. her. 6. 31. d) Wird einer Partei die Erfüllung der von ihr übernommenen Verbindlichkeit ohne ihre Schuld unmöglich, so ist auch die andere Partei an den Vergleich nicht gebunden; anders nur, wenn die Unmöglichkeit sich auf die Ausführung einer Entäußerungserklärung bezieht (§ 321 Note 16—19).

[12] Im Einzelnen bemerke man: a) das Aufgeben des Anspruchs im Vergleiche ist Erlaß, und zwar directer Erlaß. Zwar wenn der Anspruch bestritten ist, also im Hauptfall des Vergleiches, ist im Sinne des Gegners des Aufgebenden das Aufgeben des Anspruchs zunächst nicht aufzufassen als Verzicht auf das Recht, da der Gegner ein Recht nicht anerkennt, sondern als Verzicht auf das Wiedervorbringen der Behauptung, daß ein Recht begründet sei, also als pactum de non petendo. Allein der Aufgebende seinerseits verzichtet nicht in dem Sinne, um sich bloß der Geltendmachung des Rechts, im Gegensatz zum Rechte selbst, zu berauben; er also will directen Erlaß (§ 357 Abs. 2), und diesen Willen acceptirt eventuell auch sein Gegner. Bei den Römern erzeugte, wie jeder Erlaß, so auch der vergleichsweise Erlaß, directe Wirkung nur, wenn er in die Form der acceptilatio eingekleidet war (was freilich gewöhnlich geschah, vgl. l. 2. 4. 15 D. h. t., l. 3. 4. 32. 40 C. eod.), sonst nur exceptio nach dem Rechte des pactum de non petendo (vgl. l. 17. 24 C. h. t.). b) Enthält der Vergleich eine Anerkennung, so ist dieselbe zu beurtheilen nach den § 412a gegebenen Regeln. c) Die Gegenleistung kann entweder sofort bewirkt, oder es kann nur eine Verbindlichkeit zur Bewirkung derselben übernommen werden. Das Letztere ist auch dann der Fall, wenn die Willenserklärung zwar darauf gerichtet ist, daß der Gegner sofort haben solle, aber dieses Haben durch sich selbst herbeizuführen nicht im Stande ist (z. B. Eigenthumsübertragungserklärung ohne Tradition). d) Geht die Gegenleistung auf Geben einer Sache, so haftet der Contrahent nicht bloß wegen Entwehrung, sondern sofort, sobald es feststeht, daß dem Empfänger nicht das Eigenthumsrecht oder nicht ein zum Behalten der Sache befugendes Eigenthumsrecht verschafft worden sei (§ 392). Aber natürlich haftet nicht auch der auf seinen Anspruch Verzichtende, wenn der Gegenstand des Anspruchs hinterher dem Gegner kraft eines anderen Rechts genommen wird. L. 34 [33] C. h. t. Risch S. 203—205, Bekker Jahrb. des gem. R. VI S. 238. 239, Sintenis S. 488 Anm. 46.

[13] S. die vorhergehende Note bei c). — Aus dem Gesagten ergibt sich eine Schwierigkeit für die Stellung des Vergleiches im Systeme. Es ist die gleiche Schwierigkeit, welche oben (§ 365 Note 18) in Betreff der Schenkung erörtert worden ist. Auch von dem Vergleiche sollte eigentlich in einem Rechtstheile gehandelt werden, welcher die concreten Thatsachen, auf denen der Vermögens-

Bruch eines beschworenen Vergleichs wird dadurch gestraft, daß der Eidbrüchige seine Rechte aus dem Vergleiche verliert, während er selbst an den Vergleich gebunden bleibt[14].

Für und gegen Dritte wirkt der Vergleich an und für sich nicht[15]. Ausnahmen[16] gelten: a) für die Rechtsnachfolger, Gesammt- und Sondernachfolger[17]; b) für die Mitbetheiligten nach den I § 132 Note 4—6 entwickelten Regeln[18]. c) Auf einen Vergleich über die Gültigkeit eines Testaments können sich die Erbschaftsgläubiger berufen[19].

b. Ungültigkeitsgründe.

§ 414.

Der Vergleich ist ungültig aus den allgemeinen Gründen; namentlich kann er angefochten werden wegen Zwanges[1], Betruges[2],

verkehr beruht, als solche, abgesehen davon, ob sie Obligationen erzeugen oder nicht, darstellte. In Ermangelung eines solchen Rechtstheiles findet der Vergleich seine passendste Stelle, wie die Schenkung, m. E. immer noch im Obligationenrecht, und zwar im speciellen Theil desselben. Andere stellen ihn in den allgemeinen Theil des Obligationenrechts, in die Lehre von der Aufhebung der Obligationen, vgl. § 358 Note 6. Aber der Vergleich enthält weder nothwendig Aufhebung einer Obligation, noch nothwendig Aufhebung eines Anspruchs. Auch an den allgemeinen Theil des Rechtssystems überhaupt hat man gedacht, und zwar unter einem doppelten Gesichtspunkt. Einmal wegen des vielfachen möglichen Inhalts der den Vergleich constituirenden Leistungen, so Unterholzner I S. 658a, vgl. Risch S. 24. 33, [Bekker II § 109 Note c.]. In der That, bleibt man bei der Vielfachheit dieses möglichen Inhaltes stehen, so gehört der Vergleich gerade so gut in den allgemeinen Theil, wie die Schenkung; umgekehrt ist aber auch diese nicht abzulehnende Consequenz wohl geeignet, Bedenken dagegen zu erregen, ob die Schenkung im allgemeinen Theil wirklich ihre richtige Stellung hat (§ 365 Note 18). Risch sodann (S. 12—34) will den Vergleich in den allgemeinen Theil neben das Urtheil stellen, weil auch er ein Mittel zur Beendigung eines Streites sei. Auch diese Stellung halte ich für weniger zweckmäßig, als die dem Vergleiche hier gegebene. Zwar bin ich weit davon entfernt, zu behaupten, daß bei der Anordnung des Systems auf die Bedeutung, welche die Rechtsinstitute für die Interessen und Bedürfnisse des Lebens und Verkehrs haben, keine Rücksicht genommen werden dürfe (vgl. I § 13 Note 2, II § 362 Note 1); aber ich glaube nicht, daß die Einsicht in das rechtliche Wesen des Vergleichs dadurch gefördert wird, daß man ihn mit dem Urtheil zusammenstellt. Was von ihm rechtlich auszusagen ist, beruht fast ausschließlich darauf, daß er Vertrag, und nicht darauf, daß er Streitbeendigung ist. Dazu kommt (welche Schwierigkeit sich übrigens auch Risch selbst nicht verbirgt [S. 30 Note 13]), daß der Vergleich nicht nothwendig einen Streit voraussetzt (Note 5. 6. 6a).

[14] L. 41 C. h. t.

[15] L. 3 pr. § 2 D. h. t., l. 1 C. h. t., l. 29 § 2 D. de inoff. test. 5. 2.

[16] Vgl. Risch S. 192 fg. [Bekker II § 110 Note 9.]

[17] Vgl. l. 8 D. de iurei. 12. 2 und § 412a Note 9.

[18] Vgl. l. 28 pr. l. 42 § 3 D. de iurei. 12. 2 und § 412a Note 10.

[19] L. 14 D. h. t. S. andererseits l. 3 pr. D. h. t., l. 29 § 2 D. de inoff. 5. 2. Vgl. I § 132 Note 9.

ermangelnder Voraussetzung. In Betreff des letzteren Punktes ist folgendes Nähere zu bemerken[2a]. 1) Voraussetzung eines Vergleichs über den Inhalt der Leistung, welche in Anspruch genommen wird, ist die Begründetheit des Anspruches an sich[3]. 2) Voraussetzung eines Vergleiches über einen bestrittenen Anspruch ist, daß die bei dem Vergleich als wahr angenommenen Thatsachen, deren Nichtwahrheit den Streit ausschließen würde, wahr seien, so wie daß nicht andere Thatsachen wahr seien, deren Wahrheit den Streit ausschließen würde[4].

---

§ 414. [1] L. 13 C. h. t.

[2] L. 9 § 2 D. l. 4. 19. 30 C. h. t., l. 65 § 1 D. de cond. ind. 12. 6. Vgl. Seuff. Arch. XV. 128. — L. 35 D. de pact. 2. 14 enthält keinen Fall des Vergleichs, sondern einen Fall der Anerkennung. Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 194 Note 18a.

[[2a] Vgl. auch Seuff. Arch. XLIII. 112.]

[3] Z. B. Jemand vergleicht sich über ein Rentenvermächtniß, mit welchem er sich beschwert glaubt, gegen eine zu zahlende Aversionalsumme; hinterher zeigt sich, daß ihm gar kein Vermächtniß auferlegt ist. Jemand vergleicht sich über die Größe eines ihm auferlegten Vermächtnisses; hinterher zeigt sich, daß dieses Vermächtniß nichtig ist. In diesen Fällen ist geradezu die condictio indebiti begründet. Seuff. Arch. III. 323. (In dem Fall bei Seuff. Arch. XIII. 142 bezog sich der Vergleich nicht bloß auf den Inhalt des Anspruchs.)

[4] Z. B. Vergleich über ein wegen eines Formfehlers angefochtenes Testament; hinterher zeigt sich, daß dasselbe untergeschoben ist. Vergleich über einen Anspruch, welchem die exceptio SCi Velleiani entgegengesetzt wird; hinterher zeigt sich, daß das begründende Rechtsgeschäft erzwungen war. Vergleich über einen Eigenthumsanspruch, welcher bestritten wird, weil der Rechtsurheber des Klägers nicht Eigenthümer gewesen sei; hinterher zeigt sich, daß der Kläger vom wahren Eigenthümer zum Erben eingesetzt war. Vgl. Note 10. — Das hier Gesagte wird nicht bewiesen durch l. 12 i. f. D. h. t. (welche Stelle nicht von der Anfechtung des Vergleiches spricht, sondern einfach sagt, daß der Vergleich nicht auf einen andern als den gemeinten Anspruch bezogen werden dürfe), nicht auch durch l. 3 § 1 D. h. t. (wie auch diese schwierige Stelle auszulegen sein mag, vgl. darüber Risch § 14 Note 15), und ebensowenig durch l. 36 D. fam. erc. 10. 2 (welche Stelle gar nicht von einem Vergleich redet). Wohl aber wird es bewiesen durch l. 42 C. h. t. In dieser Stelle wird ein Vergleich für unverbindlich erklärt, weil er auf Grund falscher Urkunden abgeschlossen worden sei. Diese Urkunden können sich nicht auf den Streitpunkt selbst bezogen haben, weil sonst für einen Vergleich kein Raum gewesen wäre; also müssen sie sich auf eine Voraussetzung des Streites bezogen haben. — Mit dem Gesagten stimmen eine Reihe von Schriftstellern (s. namentlich Puchta § 294. h, Arndts § 269. m, ferner Bähr Anerkennung § 32 und die Citate bei Risch § 25 Note 17) insofern überein, als sie lehren, daß der Vergleich angefochten werden könne wegen Unrichtigkeit des bei demselben als gewiß Vorausgesetzten; die nothwendige Ergänzung, daß der Vergleich auch angefochten werden könne wegen Wirklichkeit von Thatsachen, deren Nichtvorhandensein bei demselben vorausgesetzt wurde, wird von diesen Schriftstellern nicht gemacht. Vgl. jetzt auch Buhl (§ 412a Note *) S. 98 fg. Gegen die ganze Lehre haben sich ausgesprochen Risch § 26 (vgl. unten Note 10), Brinz S. 139 (1. Aufl.), Regelsberger Arch. für civ. Pr. XLVII S. 160 fg. Risch glaubt in den hier fraglichen Fällen durch Aus-

3) Voraussetzung eines Vergleiches über einen bestrittenen Anspruch ist ferner, daß der Streit nicht schon entschieden sei[5]. Daher ist der Vergleich anfechtbar, wenn bereits ein rechtskräftiges Urtheil über die Sache vorliegt[6]; ebenso, wenn bereits in anderer Weise, durch einen

legung des Vergleiches helfen zu können; derselbe dürfe auf keinen anderen Streitpunkt bezogen werden, als denjenigen, über welchen man sich verglichen habe; aber daraus folge nicht, daß der abgeschlossene Vergleich nichtig sei. Wer sich also über ein wegen Formfehlers von ihm angefochtenes Testament verglichen habe, sei nicht verhindert, die Erbschaft deßwegen zu fordern, weil das Testament untergeschoben sei; allein der Vergleich bleibe bestehen. Daraus würde aber folgen, daß er auch das ihm zur Abfindung Geleistete behalten dürfe; der Gegner würde also die Abfindung und die Erbschaft zugleich verlieren. Und wie wenn die Erbschaft ihm gegen eine von ihm zu leistende Abfindung ausgeantwortet wäre: wie würde er hier ohne Anfechtung des Vergleiches das Geleistete zurückerhalten? Oder wenn Jemand sich über eine von ihm vorgebrachte Einrede verglichen hat, und er hinterher eine andere Einrede entdeckt? S. auch Seuff. Arch. III. 323, XIII. 142, XXXIV. 298. [Dernburg II § 109 a. E.: Vergleiche erledigen nur die Streitpunkte, über welche man sich hat vergleichen wollen — ohne Widerlegung des hier gegen Risch Ausgeführten. Bekker II S. 257. 264. 265. 270 spricht zwar von der Hinfälligkeit des Vergleichs wegen Ermangelung seiner, durch Auslegung festzustellenden, „Voraussetzung", erklärt aber die Voraussetzung für eine Bedingung, und läßt daher durch ihre Ermangelung den Vergleich nichtig werden. S. noch Herold Grünhut's Zeitschr. XVI S. 703 fg.]

[5] Vgl. über das Folgende: Thibaut Arch. für civ. Pr. VIII S. 301 fg. IX S. 393 fg., Goldschmidt das. IX S. 76 fg., C. Sell in Sell's Jahrb. II S. 53—64, Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIV S. 334—347, Risch S. 74—95, Vangerow III § 668 Anm., Sintenis S. 484. 485.

[6] L. 7 pr. § 11 D. l. 32 C. h. t., l. 23 § 1 D. de cond. ind. 12. 6; Paul. sentent. I. 1 § 5, Cod. Greg. II. 11 c. 1. 3. 4, Cod. Hermog. tit. 4 c. 3, Consult. VII c. 6. 7. — Ueber den Grund dieses Satzes sind die Schriftsteller nicht einig. Gegen die früher sehr verbreitete, auf l. 32 C. h. t. und Paul. sentent. I. 19 § 2 gestützte Meinung, daß er seinen Grund habe in der Unverbindlichkeit des nudum pactum nach römischem Recht, und daher für das heutige Recht unanwendbar sei, s. Risch S. 77—81, Vangerow a. a. O.; für dieselbe neuerdings wieder Dernburg Preuß. Privatrecht I § 83 Anm. 6, [Pand. II § 109 Note 7, Bekker Pand. S. 266]. Die Ansicht Thibaut's (a. a. O.), die neuerdings auch von Wendt Bl. f. RPflege in Thüringen VI S. 206 vertreten wird, der Satz sei als positive, im Interesse der öffentlichen Ordnung gegebene Vorschrift aufzufassen, wird dadurch widerlegt, daß die vergleichsweise gemachte Leistung nicht nichtig, sondern anfechtbar ist, l. 32 C. h. t. (wo die Nichtigkeit geleugnet, die Anfechtbarkeit vorausgesetzt wird). Die herrschende Meinung hält den Satz für eine unmittelbare Consequenz aus dem Begriffe des Vergleiches, nach welchem zum Vergleich Ungewißheit erforderlich sei. Aber dabei ist nicht gehörig unterschieden zwischen subjectiver und objectiver Ungewißheit. Die Ungewißheit, welche nach dem Begriffe des Vergleiches erforderlich ist, ist subjective, nicht objective Ungewißheit, und die durch das rechtskräftige Urtheil ausgeschlossene Ungewißheit ist die objective, nicht die subjective. Das Letzte ist unbestreitbar, da ja das Urtheil dem sich Vergleichenden unbekannt sein kann; wer das Erste leugnet, behauptet mit anderen Worten, daß jeder Vergleich angefochten werden könne, wenn man hinterher zu beweisen im Stande sei, daß man im Streite Recht gehabt habe. Aber die an und für sich zum Vergleich genügende subjective

früheren Vergleich, Eid- oder Schiedsspruch, über den Streit entschieden ist[7]. Natürlich ist aber dabei erforderlich: a) daß nicht wieder über die Thatsache der Entscheidung selbst Streit sei[8]; b) daß der Anfechtende die vorhandene Entscheidung nicht gekannt habe[9]. — Dagegen ist, wie sich von selbst versteht, Voraussetzung des Vergleiches nicht, daß man nicht später sollte darthun können, daß man in dem Streite selbst Recht gehabt habe[10].[10a]

Ungewißheit soll ausnahmsweise eben dann nicht genügen, wenn sie ihren Grund in dem Nichtkennen der vorhandenen rechtskräftigen Entscheidung gehabt habe: diese Ausnahme ist das zu Rechtfertigende. Ihre Rechtfertigung liegt in dem im Text Bemerkten: der Vergleich wird zum Zweck der Entscheidung des Streites, und daher unter der Voraussetzung nicht bereits erfolgter Entscheidung abgeschlossen. Risch freilich (S. 88 Note 22) ist der Meinung, ein bei Unkenntniß der vorhandenen rechtskräftigen Entscheidung abgeschlossener Vergleich sei eben wegen dieser Unkenntniß gültig. Hiernach würde unser Satz keinen anderen Inhalt haben, als den sehr trivialen, daß Schenkung kein Vergleich sei. S. darüber Note 8. [Dernburg Pand. a. a. O. glaubt die Annahme einer Voraussetzung mit der Bemerkung abthun zu können, daß die Parteien „nichts ins Blaue hinein voraussetzen". Er hat wohl das oben Z. 3 fg. Gesagte nicht gelesen.]

[7] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, aber folgt aus der Natur der Sache. Risch S. 91—94. A. M. Rudorff a. a. O. S. 347 fg.

[8] L. 11 D. h. t. „Post rem iudicatum, etiamsi provocatio non est interposita, tamen si negetur iudicatum esse, vel ignorari potest, an iudicatum sit, quia adhuc lis subesse possit, transactio fieri potest". L. 23 § 1 D. de cond. ind. 12. 6. Die l. 11 cit. ist so zu verstehen: ein Vergleich ist trotz des rechtskräftigen Urtheils dennoch möglich, wenn die Existenz des Urtheils entweder direct bestritten ist, oder man doch über die Existenz desselben verschiedener Meinung sein kann. Daß auch in dem letzteren Falle die Berufung auf das Urtheil als entscheidende Instanz von demjenigen, gegen welchen das Urtheil geltend gemacht wird, abgelehnt werde, setzt sie voraus („quia adhuc lis subesse possit"). Risch sieht in dieser Stelle einen Beweis für den von ihm behaupteten Satz (Note 6 a. E.), daß der Vergleich gültig sei, wenn die Parteien von der rechtskräftigen Entscheidung „durchaus kein Bewußtsein hatten". Aber es heißt: si ignorari potest, nicht: si ignoratur.

[9] Wer sich vergleicht, eine ihm günstige Entscheidung kennend, nennt Vergleich, was in der That Schenkung ist. Es müßte denn die Vollziehbarkeit des Urtheils ungewiß sein. In diesem Falle liegt allerdings ein Vergleich vor, weil wieder eine Ungewißheit vorhanden ist, zwar keine Ungewißheit des Rechts, aber doch eine Ungewißheit der Realisirbarkeit des Rechts. Vgl. § 413 Note 6a und den in Note 5 citirten Aufsatz von Goldschmidt, so wie den zweiten von Thibaut.]

[10] Daß die Thatsachen, welche man behauptet hat, wahr, die Thatsachen, welche man bestritten hat, unwahr, daß die wahren rechtlich zu qualificiren seien, wie man behauptet hat. L. 2. 19. 23. 29 C. h. t., l. 65 § 1 D. de cond. ind. 12. 6. Seuff. Arch. XIII. 142. Aus l. 23 cit. glaubt Risch (S. 228) einen directen Beweis gegen das im Text zu 2 Gesagte herleiten zu können; aber in dieser Stelle nöthigt nichts zu der Annahme, daß der Vergleich nicht auf die Erbfrage mit bezogen worden sei.

[10a] Keine Anfechtung wegen laesio enormis: Seuff. Arch. XXXIX. 201.

Nach der positiven Vorschrift des römischen Rechts soll man sich über Alimente, welche von Todeswegen hinterlassen sind, gegen eine Aversionalsumme nur mit gerichtlicher Bestätigung vergleichen; ohne dieselbe ist der Vergleich für den Alimentenberechtigten unverbindlich[11]. — Ueber den von Vielen behaupteten Satz, daß der Vergleich über testamentarische Ansprüche nichtig sei, wenn dabei die Testamentsurkunde nicht vorgelegen habe, s. die Note [12].

3. Der Schiedsvertrag.

a. Begriff und Wirkungen.

§ 415.

Für den Schiedsvertrag kommen gegenwärtig neben und vor den Bestimmungen des Pandektenrechts[1] die Bestimmungen der Reichs-

---

[11] L. 8 D. h. t., l. 8 C. eod. Risch § 13, Sintenis Anm. 43, Holzschuher III § 316 Nr. 7, [Sturm S. 23 fg.]. Gilt der Satz nicht auch für gesetzliche Alimente? Dafür Pfaff Arch. für civ. Pr. N. F. XIII S. 210 und das RG., Entsch. IV S. 209, s. auch Seuff. Arch. V. 285; dagegen Seuff. Arch. X. 263, XI. 39, XXXIV. 207, vgl. XVIII. 244.

[12] Dieser Satz wird gestützt auf l. 6 D. h. t. „De his controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, neque transigi neque exquiri veritas aliter potest, nisi inspectis cognitisque verbis testamenti". Nun ist aber unbestritten, daß diese Stelle identisch ist mit l. 1 § 1 D. test. quemadmodum 29. 3, und der Zusammenhang dieser letzteren Stelle lehrt, daß der Verfasser derselben den Vergleich nicht für ungültig hat erklären wollen, sondern nur hat sagen wollen, ohne Kenntniß der Worte des Testaments könne, und werde daher, ein vernünftiger Mann sich nicht vergleichen. Die Frage kann also nur die sein, ob nicht die Compilatoren diese Stelle, welche sie in den Titel testamenta quemadmodum aperiantur in ihrem ursprünglichen Sinne aufgenommen haben, in den Titel de transactionibus mit verändertem Sinne eingerückt haben. Die Bejahung dieser Frage scheint mir aber viel zu gewagt, um so mehr, als die Compilatoren dann das Wort „potest" zweimal in einem verschiedenen Sinne genommen haben müßten, einmal in dem Sinne von juristischem Nichtkönnen, dann in dem Sinne von factischem Nichtkönnen („neque exquiri veritas aliter potest"). So auch Risch § 14. Jedenfalls findet der Satz von der Ungültigkeit des Vergleiches ohne Kenntniß der Testamentsworte seine Rechtfertigung nicht, wie Puchta § 294. d, Arndts § 269 Anm. 2, Sintenis Anm. 37 glauben, in der Ermangelung des Erfordernisses der Ungewißheit. Wird dieser Satz als Vorschrift des Justinianischen Rechts anerkannt, so wüßte ich denselben nicht anders zu rechtfertigen, als aus dem Verbot der alea. Vgl. auch Holzschuher III § 316 Nr. 6. Seuff. Arch. V. 304. [Dernburg II § 109 Note 8, Bekker II § 110 Note h.]

[1] Dig. 4. 8 de receptis, qui arbitrium receperint ut sententiam dicant. § 415.
Cod. 2. 55 [56] de receptis arbitris. W. André gemeinrechtliche Grundzüge der Schiedsgerichte (1860). E. Weizsäcker das römische Schiedsrichteramt unter Vergleichung mit dem officium iudicis (1879). Ueber diese Schrift; Brinz krit. VJSchr. XXII S. 195 fg. und Kohler das. S. 465 fg. Glück VI S. 61—105; Unterholzner I S. 650—656, Sintenis II S. 492—500, Dernburg I

civilproceßordnung[1a] in Betracht. Die folgende Darstellung ist in erster Linie auf das Pandektenrecht gerichtet; die Bestimmungen der Reichscivilproceßordnung sind daneben bemerkt[1b].

Der Schiedsvertrag ist der Vertrag, durch welchen die vertragschließenden Parteien ausmachen, daß eine zwischen ihnen schwebende Rechtsstreitigkeit durch eine Privatperson — einen Schiedsrichter — oder eine Mehrheit von solchen Personen entschieden werden solle[1c]. Der Schiedsvertrag enthält: 1) eine Willenserklärung der Parteien, daß sie sich dem Schiedsspruch unterwerfen. Daher macht der Schiedsspruch Recht zwischen den Parteien, wie der richterliche[2], aber nicht durch eigene Kraft, sondern kraft derjenigen, mit welcher er von den Parteien begabt ist. Eine Folge hiervon ist, daß, wenn er zu Gunsten des Klägers ausgefallen ist, dieser nicht sofort Execution des Spruches begehren kann[3], sondern vorerst auf Grund des Schiedsspruches ein richterliches Urtheil erwirken muß[4]. Fällt der Schiedsspruch gegen

---

§ 165. 166. Wach Handb. des deutschen Civilprozeßrechts I § 7 [B. Mayer die Vereinbarung schiedsrichterlicher Rechtsentscheidung nach früherem und jetzigem gem. R. Erlangen 1888. Matthias die Entwickelung des röm. Schiedsgerichts, in der Rostocker Festschrift für B. Windscheid, 1888. (Reines röm. R.)]

[1a] CPO. § 851—872.

[1b] Ueber den legislatorischen Werth des Instituts: W. H. Puchta das Institut der Schiedsrichter nach seinem heutigen Gebrauch und seiner heutigen Brauchbarkeit (1823), Pfeiffer Zeitschr. f. Civ. und Pr. N. F. III S. 48 fg. (1847), André a. a. O. S. 59—66. — Vgl. auch: „Reglement für internationale Schiedsgerichte", Entwurf von Goldschmidt (1874). Jetzt auch abgedruckt in Grünhut's Zeitschr. II S. 714 fg.

[1c] Der Ausdruck Schiedsvertrag ist eigentlich ungenau, da auch der Schiedseidvertrag (§ 418) ein Schiedsvertrag ist; man sollte also eigentlich Schiedsrichtervertrag sagen. Doch wird diese Ungenauigkeit im Interesse der Kürze erlaubt sein. Der römische Ausdruck ist compromissum, s. Note 10. Der Schiedsrichter heißt römisch arbiter. — Unterschied zwischen arbiter und arbitrator (Werth- und Preisermittler, Schadensermittler): Seuff. Arch. XXVI. 29, XXXVIII. 15, XL. 18. 106. Entsch. d. RG. VII S. 201 X S. 131. Goldschmidt a. a. O. S. 5 fg. [Weismann Arch. f. civ. Pr. LXII S. 269 fg.]

[2] L. 1 D. h. t. „Compromissum ad similitudinum iudiciorum redigitur, et ad finiendas lites pertinet". Vgl. § 418 Note 1. a. CPO. § 866. „Der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urtheils." Wach S. 74 fg.

[3] L. 1 C. h. t.

[4] Das römische Recht gab eine Klage nur, wenn Erfüllung durch Stipulation versprochen worden war, l. 5 pr. C. h. t., l. 27 § 7 l. 28 D. h. t. [Matthias S. 30—41.] Doch gewährte schon Justinian eine Klage aus dem formlosen Schiedsvertrag in folgenden zwei Fällen: a) wenn entweder der Schiedsvertrag selbst oder der Vertrag mit dem Schiedsrichter eidlich abgeschlossen worden war; b) wenn die Parteien den Schiedsspruch durch ihre Unterschrift anerkannt, oder nur binnen den nächsten 10 Tagen nicht gegen denselben protestirt haben. L. 4. 5 C. h. t. Die erste Bestimmung hob er aber wieder auf in Nov. 82 c. 11.

den Kläger aus, so steht dem aberkannten Anspruch fortan eine Einrede entgegen[5]. Wird durch den Schiedsspruch nicht ein Anspruch zu- oder aberkannt, sondern das Dasein oder Nichtdasein eines sonstigen Rechtsverhältnisses oder einer Thatsache festgestellt, so kann auf Grund des Schiedsspruches jeder aus diesem Rechtsverhältniß oder dieser Thatsache herzuleitende Anspruch erhoben bez. zurückgewiesen werden[6]. — Der Schiedsvertrag enthält 2) von Seiten desjenigen, welcher den Anspruch erhebt, das Versprechen, die Sache nicht mit Umgehung des Schiedsgerichtes an ein öffentliches Gericht bringen zu wollen, und 3) von Seiten beider Parteien das Versprechen, Alles thun zu wollen, was ihrerseits nöthig ist, um den Schiedsrichter zur Fällung des Spruches in den Stand zu setzen. Das erste Versprechen erzeugt eine Einrede gegen die dennoch an das öffentliche Gericht gebrachte Klage[7]. Das zweite Versprechen gibt dem Kläger eine Replik gegen diese Einrede[8]; es kann aber auch auf Erfüllung desselben geklagt werden[9]. — Dem Schiedsvertrag kann ein Strafversprechen hinzugefügt werden, entweder in dem Sinne, daß bei Nichterfüllung des Schiedsvertrages der Gläubiger Erfüllung und Strafe, oder in dem Sinne, daß er nur Strafe solle fordern können[10].

Eine Ausnahme bestand auch in Betreff der Schiedsverträge der Juden, l. 8 C. de Iudaeis 1. 9. André S. 3 fg. Weizsäcker S. 52 fg. [Matthias S. 124—130.] Nach Pandektenrecht kann aus jedem formlosen Schiedsvertrag auf Erfüllung des Schiedsspruches geklagt werden, vgl. André S. 10 fg. Auch die CPO. verlangt für den Schiedsvertrag keine Form (§ 853). Nach derselben wird aber aus dem Schiedsvertrag nicht auf Erfüllung geklagt, sondern es wird Zwangsvollstreckung gewährt, wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurtheil ausgesprochen ist (§ 868). Vgl. § 660 fg. 871.

[5] Nach dem Rechte der Anerkennung. Möglicherweise auch nach dem Rechte des Erlasses; doch scheint mir diese Kategorie, welche in der 1. Aufl. ausschließlich geltend gemacht worden ist, ferner zu liegen. Vgl. l. 13 § 1 D. h. t., l. 5 pr. C. h. t.

[6] Vgl. § 418 Note 1. e. Seuff. Arch. XXV. 6.

[7] André S. 19—24. Nicht entgegensteht l. 30 D. h. t.; s. Note 10. Vgl. Wach S. 71. 72. Entscheid. des RG. VIII S. 347. 397. Seuff. Arch. XXXVIII. 273. Vgl. XXXV. 121.

[8] Der Kläger darf sagen, daß er auf die Anrufung der richterlichen Hülfe nicht absolut verzichtet habe, sondern nur zu Gunsten des Schiedsspruches, und daß dieser durch die Schuld des Beklagten nicht zu Stande gekommen sei. André S. 24.

[9] Die Execution ist durch richterliche Strafdrohung zu beschaffen (§ 251 Note 3); möglicherweise auch durch Stellung des Präjudizes, daß der von dem Schiedsrichter etwa dennoch zu fällende Spruch auch den Ungehorsamen verbinden werde. S. auch CPO. § 855 Absatz 2. — Eine Befugniß des Schiedsrichters, die Parteien durch Geldstrafen zum Gehorsam gegen seine Verfügungen zu nöthigen, ist in l. 39 pr. D. h. t. nicht anerkannt. André S. 43—44, Weizsäcker S. 68—69.

Für und gegen Dritte hat der Schiedsspruch keine Wirkung, abgesehen von Rechtsnachfolgern und von Mitbetheiligten nach den I § 132 Note 4—6 entwickelten Regeln[11].

b. Voraussetzungen der Verbindlichkeit der schiedsrichterlichen Verfügungen. Ungültigkeit des Schiedsvertrages.

§ 416.

1. Ueber die Voraussetzungen der Verbindlichkeit der schiedsrichterlichen Verfügungen enthält das römische Recht folgende Bestimmungen. Die Verfügungen[1] des Schiedsrichters sind trotz der Verbindlichkeit des Schiedsvertrages unverbindlich, wenn der Schiedsrichter die ihm durch den Vertrag gesetzten sachlichen oder zeitlichen Grenzen überschreitet[2]. Der Schiedsspruch im Besonderen ist unverbindlich[2a], wenn derselbe den Streit der Parteien nicht bestimmt und vollständig entscheidet[3], wenn er auf etwas Unerlaubtes geht[4], wenn er durch die Arglist des Gegners erwirkt oder offenbar parteiisch ist[5],

---

[10] Bei den Römern war die Hinzufügung einer Strafstipulation zu dem Schiedsvertrage das durchaus Gewöhnliche; daher auch der Ausdruck compromissum. Und zwar hatte dieses Strafversprechen den im Text zuletzt bezeichneten Sinn; der Bruch des Schiedsvertrages, mochte dem Schiedsspruch der Gehorsam verweigert oder mochte das Zustandekommen des Schiedsspruches verhindert werden, erzeugte nur die Klage auf die Strafe. L. 2 D. h. t. „Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae petitionem.“ L. 30 eod., l. 1 C. h. t., Nov. 82 c. 11. In Betreff der Verhinderung des Zustandekommens des Schiedsspruches s. z. B. l. 27 § 4. 6 l. 39 D. l. 2 C. h. t.

[11] Vgl. § 412a Note 9 und 10.

§ 416. [1] Endurtheil oder proceßleitende Verfügungen. — Die Leitung des Verfahrens ist dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen. Die Behauptung, daß er an die Proceßordnung des betreffenden Landes gebunden sei, ist unbegründet. André S. 43—59, Weizsäcker S. 79 fg. Vgl. auch Seuff. Arch. XVI. 46, XXV. 107.

[2] Sachliche Grenzen: l. 32 § 15. 18. 19 l. 46 D. h. t. Zeitliche Grenzen: l. 32 § 21 l. 33 l. 21 § 8 l. 25. 26 l. 50 D. l. 1 C. h. t.

[2a] Vgl. zum Folgenden Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1867 Nr. 61. Goldschmidt a. a. O. S. 28 fg.

[3] L. 19 § 1 l. 21 pr. § 3 (vgl. § 1) l. 32 § 16. 17 D. h. t. l. 21 pr. eod.

[4] L. 21 § 7 D. h. t.

[5] L. 3 C. h. t. Bloße Unbilligkeit des Spruches ist kein Grund seiner Unverbindlichkeit. L. 27 § 2 D. h. t. „Stari autem debet sententiae arbitri, quam de ea re dixerit, sive aequa sive iniqua sit, et sibi imputet, qui compromisit. Nam et D. Pii rescripto adicitur: vel minus probalilem sententiam aequo animo ferre debet“. L. 1 C. h. t. „Ex sententia arbitri ex compromisso iure perfecto aditi appellari non posse, saepe rescriptum est“. So auch l. 32 § 14 i. f. D. h. t. Vgl. André S. 52—56, Holzschuher III § 317 Nr. 8, [Matthias S. 109—111]. Seuff. Arch. I. 227, XXXVII. 176. — Daß der Spruch auch nichtig sei, wenn er gegen ein rechtskräftiges Urtheil verstoße (vgl. Sintenis Anm. 33), läßt sich aus c. 11 X. de arbitr. 1. 43

wenn er nicht in Gegenwart beider Parteien publicirt worden ist[6]. Den einmal abgegebenen Spruch darf der Schiedsrichter nicht ändern[7]. Sind mehrere Schiedsrichter ernannt, so entscheidet Stimmenmehrheit[8], bei Stimmengleichheit der Spruch eines von den Schiedsrichtern zu ernennenden Obmannes[9]. — Die Reichscivilproceßordnung erkennt ausdrücklich an, daß der Schiedsrichter das Verfahren nach freiem Ermessen bestimmen könne[9a]. In Betreff der Form des Schiedsspruches schreibt sie vor, daß derselbe schriftlich auszufertigen, den Parteien zuzustellen und auf der Kanzlei des zuständigen Gerichts niederzulegen sei[9b]. Ueber die Gründe, aus welchen ein Schiedsspruch angefochten werden kann, bestimmt § 867. Die Anfechtung kann durch Klage auf Aufhebung oder durch Einrede gegen die Klage auf Erlaß des Vollstreckungsurtheils geltend gemacht werden[9c]. Das Recht, bei Stimmengleichheit einen Obmann zu ernennen, haben die Schiedsrichter nicht[9d].

2. Der Schiedsvertrag ist nach römischem Recht ungültig, abgesehen von den allgemeinen Gründen, wegen Unfähigkeit des ernannten Schiedsrichters[10]. Was die Anfechtbarkeit wegen Ermange-

---

nicht herleiten; in dem Falle dieser Stelle hatte der Schiedsrichter seine Competenz überschritten. S. noch Glück VI S. 99, Sintenis a. a. O., André S. 55. 56.

6 L. 27 § 4 D. h. t.

7 L. 18 § 2 l. 20 l. 21 pr. D. h. t.

8 L. 17 § 6. 7 l. 18 l. 27 § 3 D. h. t. Was c. 2 de arbitr. in VI° 1. 22 angeht, s. Glück VI S. 80, André S. 46. 47; Seuff. Arch. V. 283, XVIII. 245.

9 L. 17 § 6. cit. In scheinbarem Widerspruch mit dieser Stelle sagt l. 17 § 5 eod.: „Si in duos fuerit sic compromissum, ut, si dissentirent, tertium assumant, puto tale compromissum non valere: nam in assumendo possunt dissentire". Aber warum sollten die Parteien den Schiedsrichtern nicht durch Vertrag eine Macht beilegen können, welche denselben schon nach gesetzlicher Regel zusteht? Die l. 17 § 5 cit. will nur sagen, daß ein solches Compromiß nicht die Kraft habe, eine Entscheidung mit Nothwendigkeit herbeizuführen. Ueber die verschiedenen Ansichten s. André S. 33—38, Weizsäcker S. 11—46, [Matthias S. 62—73]. Von der Ungültigkeit eines Vertrages, durch welchen den Schiedsrichtern die Befugniß, die Sache an einen Obmann zu bringen, eingeräumt wird, geht aus c. 12 X. de arbitris 1. 43 (welche Stelle aber unmittelbar nicht von dem Falle, wo durch die Schiedsrichter, sondern von dem Fall redet, wo durch einen Dritten soll gewählt werden); das Recht der Schiedsrichter zur Erwählung eines Obmannes ohne Vertrag erkennen an c. 39 X. de off. et pot. iud. deleg. 1. 29, c. 61 X. de appell. 2. 28. — Vgl. noch Seuff. Arch. II. 47, IX. 156, XVI. 47, XXV. 239, XXVI. 31.

9a CPO. § 860. Wach S. 73.

9b CPO. § 865.

9c CPO. § 868 Abs. 2, § 871.

9d CPO. § 859 Nr. 2, § 864.

10 Unfähig zur Uebernahme eines Schiedsspruches sind: a) Personen unter 20 Jahren, l. 9 § 1 l. 41 D. h. t. [Matthias S. 49 fg.]; b) Taube, Stumme,

lung der Voraussetzung angeht, so gilt hier das Gleiche, was oben (§ 414) über den Vergleich gesagt worden ist[11]. Der Schiedsvertrag verliert seine Verbindlichkeit durch den Tod einer Partei[12] und durch einseitigen Rücktritt wegen Feindschaft mit dem Schiedsrichter[13]. Gegenwärtigkeit des Rechtsstreites, oder auch nur des Rechtsverhältnisses, ist Voraussetzung der Gültigkeit des Schiedsvertrages nicht[14]. Ebensowenig ist Voraussetzung seiner Gültigkeit die sofortige Bezeichnung der Person des Schiedsrichters[15]. Ist aber die Bezeichnung der Person des Schiedsrichters künftiger Vereinbarung vorbehalten[16], so liegt nicht sowohl ein Schiedsvertrag vor, als ein Vertrag auf Abschluß eines Schiedsvertrages[17]. — Die Reichscivilproceßordnung kennt keine

---

Wahnsinnige, l. 9 § 1 D. h. t.; c) Frauen, sie müßten denn Gerichtsbarkeit haben, l. 6 C. h. t., c. 4 X. h. t. 1. 43; d) die Parteien selbst, l. 51 D. h. t. Seuff. Arch. XXIII. 133, XXIX. 133, XXX. 246, XXXII. 39. L. 9 § 2 D. h. t. erklärt auch den Richter der Sache für unfähig; anders das canonische Recht, c. 7 X. h. t. 1. 43. Vgl. Holzschuher III § 317 Nr. 7.

[11] Dieß folgt daraus, daß auch der Schiedsvertrag den Zweck hat, einen Streit zu beendigen.

[12] L. 27 § 1 l. 32 § 3 l. 49 § 2 D. h. t., c. 14 X. h. t. 1. 43. [Aber der gefällte Schiedsspruch ist auch für die Erben verbindlich, l. 37 h. t., vgl. l. 27 § 1 eod. Vgl. übrigens Matthias S. 113 fg.]

[13] L. 32 § 14 D. h. t. — Daß der Schiedsvertrag seine Verbindlichkeit auch durch vertragsmäßige Aufhebung verliert (l. 32 § 3 D. h. t.), versteht sich von selbst. — Durch die Ablehnung oder den Rücktritt des vereinbarten Schiedsrichters (§ 417), durch dessen Tod (l. 45 D. h. t., c. 45 X. de testib. 2. 20, vgl. Seuff. Arch. V. 283), durch den Ablauf der ihm gesetzten Zeit (l. 32 § 3 D. h. t.), verliert der Schiedsvertrag nicht sowohl seine Verbindlichkeit, als seine Ausführbarkeit. Vgl. Seuff. Arch. XXII. 139. — [Seuff. Arch. XLII. 30 (die Schiedsrichter sollen nach dem Schiedsvertrag einen Obmann wählen und können sich über denselben nicht einigen.)]

[14] Nicht entgegensteht l. 46 D. h. t. André S. 26—29, Weizsäcker S. 25—27. André ist in Betreff des zweiten Punktes ohne Grund anderer Meinung. S. auch Goldschmidt S. 40. [Matthias S. 78. 79.]

[15] C. 12 X. de arbitr. 1. 43 enthält eine falsche Auffassung der l. 17 § 5 D. h. t. S. Note 9. Vgl. Seuff. Arch. XXXIII. 212. A. M. André S. 29 fg., Weizsäcker S. 7 fg. [Matthias S. 53—61.]

[16] Gegensatz: ein Dritter soll den Schiedsrichter ernennen, oder jede Partei Einen. Vgl. Arch. für prakt. RW. IX S. 110—117; Seuff. Arch. XIII. 314, XXVI. 30, XXXV. 120.

[17] S. g. pactum de compromittendo. Demselben wird Erfüllung gesichert, was den Beklagten angeht, durch eine Einrede gegen die von dem Kläger gerichtlich angebrachte Klage; was den Kläger angeht, durch eine Replik gegen diese vom Beklagten vorgebrachte Einrede (vgl. § 415 Note 8); aber auch durch directe Klage, wobei die Execution durch Strafdrohung, oder dadurch beschafft wird, daß der Richter anstatt der säumigen Partei zur Bestellung des Schiedsgerichts mitwirkt. Vgl. Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock II S. 183—185. Seuff. Arch. XXV. 23. 24. 239. 240. A. M. in Betreff des letzteren Punktes Sintenis Anm. 88, und in Betreff der Gültigkeit

Gründe der Unfähigkeit des Schiedsrichters, sondern nur Gründe, aus welchen ein Schiedsrichter abgelehnt werden kann[17a]. Daß Gegenwärtigkeit des Rechtsstreites oder des Rechtsverhältnisses Voraussetzung der Gültigkeit des Schiedsvertrages nicht sei, erkennt die Reichscivilproceßordnung ausdrücklich an[17b], ebenso, daß die Person des Schiedsrichters nicht sofort bezeichnet zu werden brauche[17c]. Durch den Tod einer Partei verliert der Schiedsvertrag seine Kraft nicht, wohl dadurch daß der Schiedsrichter die Fällung des Schiedsspruches verweigert oder ungebührlich verzögert[17d].

c. Vertrag mit dem Schiedsrichter.

§ 417.

Von dem Schiedsvertrag ist zu unterscheiden der Vertrag, welchen die Parteien mit dem Schiedsrichter abschließen[1]. Niemand braucht Schiedsrichter zu werden; wer aber einmal die schiedsrichterliche Entscheidung übernommen hat, ist verpflichtet, sie zu fällen[2]. Doch wird dabei vorausgesetzt, daß der Schiedsvertrag selbst verbindlich sei und fortfahre verbindlich zu sein[3]; und auch abgesehen davon hat der Schiedsrichter gewisse gesetzlich anerkannte Entschuldigungsgründe[4].

---

des pactum de compromittendo überhaupt André S. 29—33 und Seuff. Arch. XIII. 314, XXVI. 30.

[17a] Abgelehnt werden können Minderjährige, Taube, Stumme und Personen, welchen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind. Abgelehnt kann ferner werden ein Schiedsrichter aus denselben Gründen, aus denen ein Richter abgelehnt werden kann, sodann der nicht im Schiedsvertrage ernannte Schiedsrichter, wenn er die Erfüllung seiner Pflichten ungebührlich verzögert. CPO. § 858.

[17b] Jedoch hebt sie ausdrücklich hervor, daß der Schiedsvertrag sich auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß beziehen müsse. CPO. § 852.

[17c] Ist in dem Schiedsvertrage eine Bestimmung über die Ernennung der Schiedsrichter nicht enthalten, so wird von jeder Partei ein Schiedsrichter ernannt, bei Säumigkeit der Partei durch das zuständige Gericht. CPO. § 854—857.

[17d] CPO. § 859 Nr. 1. Auch wenn der Schiedsrichter zur Erfüllung der von ihm übernommenen Pflicht gezwungen werden kann, so daß die Ausführbarkeit des Schiedsvertrages nicht wegfällt (Note 13).

[1] S. g. receptum arbitri. § 417.

[2] L. 3 § 1 l. 15 D. h. t. Er wird vom Richter durch Verhängung von Geldstrafen gezwungen, l. 32 § 12 D. h. t. Vgl. Rudorff Zeitschr. f. RGesch. IV S. 107 fg. [Matthias S. 19—29.] Binnen welcher Frist muß er das Urtheil fällen? L. 13 § 3. 4 l. 14 D. h. t.

[3] Bei den Römern gehörte dazu auch ein Strafversprechen, und die Fortdauer der Verbindlichkeit desselben. L. 11 § 1—l. 13 § 1. l. 32 § 1. 3 l. 34 § 1 l. 35 D. h. t., [l. 47 § 1 — l. 49 pr. D. h. t.].

[4] L. 9 § 4. 5 l. 10. 11 pr. l. 15. 16. 17 pr. D. h. t. S. noch l. 9 § 3 D. h. t. (der Richter zwingt auch dann nicht, „si sordes aut turpitudo arbitri manifesta sit"), in Verbindung mit l. 7 pr. eod.

Durch die Reichscivilproceßordnung ist die Verbindlichkeit des mit dem Schiedsrichter abgeschlossenen Vertrags nicht aufgehoben worden[5].

4. Schiedseidvertrag*.

§ 418.

Der Schiedseidvertrag ist der Vertrag, durch welchen die vertragschließenden Parteien die Entscheidung einer zwischen ihnen schwebenden Rechtsstreitigkeit auf den Eid der einen von ihnen stellen. Der Schiedseidvertrag enthält von Seiten desjenigen, welcher den Eid zuschiebt, eine Unterwerfung unter die von der anderen Seite abgegebene eidlich erhärtete Erklärung; es ist in dieser Beziehung zu wiederholen, was oben (§ 415) über den Schiedsrichtervertrag gesagt worden ist[1]. Bringt der Kläger, so lange die Ableistung des Eides noch in Frage steht, die Sache vor den Richter, so ist aus dem Ver-

[5] CPO. § 859 Nr. 2 sagt, daß der Schiedsvertrag außer Kraft trete, wenn der Schiedsrichter „von dem mit ihm geschlossenen Vertrag zurücktritt"; aber sie sagt nicht, daß die Parteien, wenn sie bei dem Schiedsvertrag beharren, kein Recht haben, ihn zu dem Schiedsspruch zu zwingen. Wilmowski-Levy zu § 859 Nr. 1. A. M. Dernburg I § 166 Nr. 3.

* Dig. 12. 2 de iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali. Cod. 4. 1 de rebus creditis et iureiurando. — Savigny System VII § 309—314. Glück XII S. 178 fg.; Unterholzner I S. 656—658, Sintenis II S. 489—492.

§ 418. [1] a) Der Eid macht zwischen den Parteien Recht, formale Wahrheit. L. 5 § 2 l. 9 § 1 l. 28 § 10 l. 29 l. 30 pr. D. l. 1 C. h. t., § 11 I. de act. 4. 6. Deßwegen wird der Eid mit dem richterlichen Urtheil verglichen, l. 2 l. 26 § 2 l. 35 § 1 D. h. t., l. 1 pr. D. quar. rer. actio 44. 5. (In mehreren der zuvor genannten Stellen wird die Kraft des Eides, nicht genau, unter den Gesichtspunkt des Beweises gestellt.) Eine Anfechtung des Eides wegen Meineides gestattet das römische Recht nur in einem ganz besonderen Ausnahmefall, l. 13 C. h. t. Die Bestimmung der P. G. O. Art. 107 bezieht sich nur auf gerichtliche Eide. b) Der Eid macht Recht zwischen den Parteien auf Grund des abgeschlossenen Vertrages, l. 3 pr. l. 26 § 2 l. 35 § 1 D. h. t. Deßwegen wird der Eid mit dem Vergleiche zusammengestellt, l. 2 l. 31 i. f. D. h. t., l. 21 D. de dolo 4. 3. c) Hat Jemand geschworen, daß ihm ein Anspruch zustehe, so kann er auf Grund des Eides klagen. So schon nach römischem Recht wenngleich der Eidvertrag nur formlos abgeschlossen war, § 8 I. de act. 4. 6, l. 28 § 10 l. 25 l. 30 pr. § 1. 2 D. h. t. d) Hat Jemand geschworen, daß ein Anspruch gegen ihn nicht begründet sei, so steht dem Anspruch eine Einrede entgegen nach dem Recht der Anerkennung (des Erlasses?). L. 7. 9 pr. D. h. t., und vgl. § 415 Note 5. In den Quellen wird der Eid mit der acceptilatio (l. 40 D. h. t.) und der solutio (l. 21 l. 27 l. 28 § 1 l. 35 § 1 D. h. t.) verglichen. e) Geht der Eid nicht auf Bestehen oder Nichtbestehen eines Anspruchs, sondern auf Dasein oder Nichtdasein eines sonstigen Rechtsverhältnisses oder einer Thatsache, so kann jeder aus diesem Rechtsverhältniß oder dieser Thatsache herzuleitende Anspruch auf Grund des Eides klagend verfolgt bez. zurückgewiesen werden. L. 9 § 1 l. 11 l. 13 § 1—5 l. 26 § 1 l. 28 § 5—9 l. 29 l. 30 § 2 D. h. t.

trage eine Einrede gegen ihn begründet[2]. Der Ableistung des Eides steht der Erlaß desselben durch den Zuschiebenden gleich[3]. Verweigerung der Ableistung des Eides ist Ausfall der Bedingung des abgeschlossenen Vertrages; eine weitere Folge hat dieselbe nicht[4]. — Für und gegen Dritte wirkt der Eid nicht[5], abgesehen von Rechtsnachfolgern und von Mitbetheiligten nach den Regeln des § 132 Note 4—6[6]. — Die Gültigkeit des Schiedseidvertrages steht unter den allgemeinen Regeln. Ueber die Anfechtbarkeit wegen Ermangelung der Voraussetzung gilt das Gleiche, wie für Vergleich und Schiedsrichtervertrag[7].

H. Spiel und Wette*.

§ 419.

Im Spiel= wie im Wettvertrag verspricht jede Partei der anderen Etwas[1] unter der Bedingung, welche das Gegentheil ist von

[2] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, folgt aber unmittelbar aus dem Inhalt des Vertrages. [Geleugnet wird es von Demelius Schiedseid und Beweiseid im röm. Civilprozeß S. 27 Note 5 (1887). Gegen dens. Fadda sul cosi detto pactum de iureiurando, Genova 1888.]

[3] L. 6 l. 9 § 1 D. h. t.

[4] L. 5 § 4 D. h. t. Seuff. Arch. XXXIII. 224. Hierin besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen dem außergerichtlich und dem vor Gericht zugeschobenen Eid: der letztere muß bei Strafe der Sachfälligkeit entweder ausgeschworen oder zurückgeschoben werden. L. 34 § 7—9 D. h. t. Auf diesen Unterschied beziehen sich ohne Zweifel die Ausdrücke voluntarium und necessarium in der Rubrik des hierhergehörigen Pandektentitels (s. bei *); heutzutage aber versteht man unter iusiurandum voluntarium eben den vor Gericht zugeschobenen Eid, im Gegensatz des vom Richter auferlegten, welcher iusiurandum necessarium genannt wird.

[5] L. 3 § 3 l. 9 § 7 l. 10 l. 11 § 3 l. 12 l. 13 pr. D. h. t.

[6] L. 7 l. 8 l. 9 § 7 D. h. t.; l. 28 § 1—3 l. 42 pr. § 1—3 D. eod., l. 1 § 3 D. quar. rer. act. 44. 5. Vgl. § 412a Note 9. 10.

[7] S. § 414 und § 416 Note 11. — Ohne Angabe von Gründen behauptet Savigny a. a. O. S. 85, daß nach heutigem Recht der Schiedseidvertrag überhaupt unverbindlich sei. Gegen diese Meinung erklärt sich auch Wetzell Civilproc. § 27 z. A. [Für dieselbe Dernburg II § 109 Note 14.]

* Dig. 11. 5 de aleatoribus. Cod. 3. 43 de aleatoribus et alearum lusu. — Ueber Spiel und Wette sind hauptsächlich zu vergleichen die beiden Aufsätze von Wilda in der Zeitschr. für deutsches R. II. 2 S. 133—193 und VIII S. 200—239 (1839. 1843). Ferner: Gans Beiträge zur Revision der Preußischen Gesetzgebung I. 2 Nr. 14 (1830; darüber Wilda II S. 141—144). Thöl der Verkehr mit Staatspapieren S. 235—272 (1835). v. d. Pfordten Abhandlungen S. 327—333 (1840). Bruck über Spiel und Wette. Inaugural=Dissert. (1868). Krügelstein über den begrifflichen Unterschied zwischen Spiel und Wette (1869). Schuster das Spiel, seine Entwickelung und Bedeutung im deutschen Recht (1878; darüber Maurer krit. VJSchr. XXI S. 212 fg., Schröder Zeitschr. f. Handelsr. XXVI S. 326 fg.). F. Endemann Beiträge zur Geschichte der Lotterie u. zum heutigen Lotterierechte (Bonner Inaug.=Dissert. 1882) S. 2—33

der Bedingung, unter welcher sie ihrerseits sich von dieser anderen Partei Etwas versprechen läßt, so daß im Ergebniß nur die eine Partei Etwas erhält, also gewinnt, wärend die andere Nichts erhält, also verliert[2]. Im Uebrigen sind Spiel- nud Wettvertrag wesentlich verschieden. Bei dem Wettvertrag ist die Bedingung, von welcher die Parteien Gewinn und Verlust abhängig machen, die Richtigkeit oder Unrichtigkeit von Behauptungen, welche sie einander gegenüber aufstellen, und der Sinn, in welchem der Wettvertrag abgeschlossen wird, ist, daß jede Partei eine Strafe übernimmt für den Fall, daß sie Unrecht haben sollte[2a]. Beim Spielvertrag ist die Bedingung, von welcher die Parteien Gewinn und Verlust abhängig machen, entweder der Ausfall einer von den Parteien zum Zweck der Unterhaltung vorgenommenen Thätigkeit (Spiel im engeren Sinn), oder das Sein oder Nichtsein, Eintreten oder Nichteintreten irgend einer anderen Thatsache, welche die Parteien lediglich zur Entscheidung über Gewinn und

---

(dazu Cosack Zeitschr. für Handelsr. XXX S. 273 fg.). Stenglein Zeitschr. f. die gesammte Strafrechtswissensch. III S. 111 fg. (1883). Glück XI S. 325—374; Unterholzner II S. 305—309, Sintenis II S. 724—727, Vangerow III § 679 Anm., und die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Gerber § 193. 194, Beseler § 118 (4. Aufl.), Bluntschli § 125. 126, Stobbe III § 193—195.

§ 419. [1] Zu geben, oder, wenn der Spiel- bez. Wettpreis sogleich eingesetzt wird, den Andern nehmen zu lassen. — Es ist auch möglich, daß der Spiel- bez. Wettpreis einem Dritten zur Aushändigung an den Sieger übergeben wird, von welchem Falle l. 17 § 5 D. de praescr. verb. 19. 5 (Note 5) handelt. In diesem Falle, besteht die gegenseitige Leistung der Parteien nicht in einer Verpflichtung, welche sie jede der anderen gegenüber übernehmen, sondern in einer Verpflichtung, welche sie jede dem Dritten gegenüber dahin übernehmen, daß der Dritte der anderen Partei leisten dürfe, was diese sich von ihm hat versprechen lassen: Aushändigung des Eingesetzten für den Fall des Sieges. Für das Wesen des Spiel- und Wettervertrages ist diese Modification ohne Bedeutung.

[2] Sind Spiel- und Wettvertrag gegenseitige Verträge (§ 321)? Man wird es nicht leugnen dürfen. Kann bei dem gegenseitigen Vertrag die Verpflichtung der einen Partei eine bedingte sein (§ 387), so können bedingt auch die Verpflichtungen beider Parteien sein, und die Natur des Vertrages wird dadurch nicht alterirt, daß die eine Bedingung die Umkehrung der anderen ist, so daß es von vorn herein feststeht, daß nur Eine Verpflichtung existent werden wird. Dieses Letztere drückt v. d. Pfordten a. a. O. so aus: Spiele und Wetten seien in der Eingehung zweiseitig, in der Erfüllung aber nur einseitig. — Kuntze zu Holzschuher III S. 39 stellt die Obligationen aus Spiel und Wette als „alternative Obligationen" den gegenseitigen Obligationen gegenüber. Vgl. auch Bruns in v. Holtzendorff's Encycl. I § 71 („eine dritte Eintheilung").

[2a] In der älteren Rechtssprache bezeichnet Wette geradezu den Vertrag, durch welchen eine Strafe versprochen wird, so wie die versprochene. Strafe selbst (ursprünglich den Vertrag überhaupt bez. das zum Zweck der Bekundung des Vertragsabschlusses Hingegebene). Vgl. Sohm Eheschließung S. 34 fg., Stobbe III § 193 Note 9.

Verlust benützen[3]; der Sinn aber, in welchem der Spielvertrag abgeschlossen wird, ist, daß jede Partei die Möglichkeit der Erlangung einer Leistung von der Gegenseite erkauft durch den Einsatz der Mög-

[3] Im ersten Fall ist der Vertrag Spielvertrag, weil er sich an ein Spiel anschließt, im zweiten Fall ist er Spielvertrag, weil er selbst ein Spielen enthält. Die Entscheidung, welche im zweiten Fall die Parteien zur Entscheidung über Gewinn und Verlust benützen, kann ebenfalls der Ausfall einer von den Parteien vorgenommenen Thätigkeit, sie kann aber auch irgend eine andere sein. Ob die Parteien selbst die Würfel werfen, oder ob sie nur zusehen, während ein Anderer sie wirft, ist für den Begriff des Spielvertrages sehr gleichgültig. Das s. g. Differenzgeschäft (steigt bis zu einer gewissen Zeit der Curs dieses Papieres über eine gewisse Grenze, so bezahle ich die Differenz, fällt er unter diese Grenze, so bezahlst du die Differenz — oder umgekehrt) ist ein Spielvertrag, welcher nur nicht so genannt wird. Gerade mit Rücksicht auf das Differenzgeschäft, und um dessen Gültigkeit zu retten, hat Thöl a. a. O. die Behauptung aufgestellt, es sei zum Begriff des Spieles wesentlich, daß die Entscheidung durch die Thätigkeit der Parteien (oder Dritter, die mit dem Willen der Parteien zum Zweck der Entscheidung thätig werden) herbeigeführt werde, und hält diese Behauptung auch jetzt noch aufrecht (Handelsrecht 4. Aufl. § 102. 5. u. 6. Aufl. § 304). Thöl hat, wie zu erwarten war, keinen Anstand genommen, alle Consequenzen derselben zu ziehen. „Der Vertrag, den zwei Engländer schlossen, daß der Eine oder der Andere eine bestimmte Summe an den Gegner verlieren solle, je nachdem von zwei auf das eine Ende eines Tisches gesetzten Schnecken die eine oder die andere zuerst das entgegengesetzte Einde erreichen werde, ist ein Spiel. Hätten die Contrahenten die Schnecken so vorgefunden, daß sie, die Contrahenten, auch nicht im Mindesten auf die Entscheidung des Vertrages eingewirkt hätten, so wäre es eine Wette gewesen." Nur insofern hat Thöl in der 5. (und 6.) Auflage des Handelsrechts seine Ansicht modificirt, als er gegenwärtig in den Begriff der Wette (oder doch der echten Wette, der Wette im eigentlichen Sinne) das Moment aufnimmt, daß nicht bloß behauptet worden sei, sondern auch Behauptung und Bestreitung (im Gegensatz von Errathung) möglich gewesen sei, weßwegen er gegenwärtig mit Bestimmtheit erklärt, daß das Differenzgeschäft ein Wettvertrag im eigentlichen Sinne nicht sei, was er früher dahingestellt sein gelassen hatte. Freilich ist ihm das Differenzgeschäft ebensowenig Spielvertrag, sondern eine besondere Art des gewagten Geschäfts, welches von dem römischen Verbot des Spielvertrages nicht ergriffen werde (wogegen zu verweisen ist auf l. 5 D. de naut. foen. 22. 2: si modo in aleae speciem non cadat.). Gegen Thöl Wilda VIII S. 208—210; übereinstimmend mit Thöl Gerber § 193, Stobbe III § 193 (mit Note 7 das. vgl. Thöl § 305 Note 3), Goldschmidt Zeitschr. für Handelsr. XXVIII S. 292 fg. Bruck (S. 65 fg.) hält die Thöl'sche Ansicht für richtig nach dem römischen Recht, bestreitet im Uebrigen jeden begriffsmäßigen Unterschied zwischen Spiel und Wette. Vgl. auch Grünhut in seiner Zeitschr. II S. 585 fg. Ebenso leugnet den begrifflichen Unterschied zwischen Spiel und Wette Stenglein a. a. O.; von Bedeutung sei nur, ob die Entscheidung wenigstens hauptsächlich vom Zufall abhänge, oder ob Berechnung, Urtheil, Geschicklichkeit maßgebend sei. Krügelstein faßt den Begriff der Wette auf, wie hier geschehen, hält aber für den Begriff des Spiels an dem Erforderniß der Thätigkeit der Parteien fest, fehle es an diesem Erforderniß, so liege eine gegenseitige bedingte Schenkung (!) und demgemäß ein gültiger Vertrag vor. Gegen das Erforderniß der Thätigkeit Schuster S. 215 fg. (in der Sache, obgleich im Ausdruck schwankend), Endemann S. 99 fg. Was die

lichkeit, eine eigene Leistung machen zu müssen. Im Uebrigen können die Motive des Spielvertrages sehr verschiedene sein: die Absicht, durch die Aussicht auf Gewinn oder Verlust den Ernst und die Energie der Spielthätigkeit zu steigern, der Reiz des Wagens, Gewinnsucht[4]. Auch können diese verschiedenen Motive sich im gegebenen Fall mit einander mischen.

Auf dieser Verschiedenheit des Wett- und des Spielvertrages und der möglichen Motive des Spielvertrages beruhen folgende Rechtssätze.

1. Der Wettvertrag ist durchaus erlaubt, und erzeugt die seinem Inhalte gemäße rechtliche Wirkung[5].

2. Der Spielvertrag ist nach römischem Recht nur erlaubt beim Spiele zum Zweck körperlicher Uebung[5a] und beim Ausspielen von

---

Praxis angeht, so ist die Thöl'sche Ansicht angenommen in den Urtheilen bei Seuff. Arch. XI. 236, XXII. 236, XXVIII. 242; dawider [II. 291,] XXX. 28, das OAG. zu Rostock (Entsch. V Nr. 47, s. aber auch VIII Nr. 49, beide Urtheile auch bei Seuff. Arch. XXII. 235, XXXI. 228), das RG. (Entsch. in Strafsachen VI S. 172. 421) [und Seuff. Arch. XLIII. 111] und das Preuß. Oberverwaltungsgericht (in dem Zeitschr. für Handelsr. XXVI S. 295 fg. abgedruckten Urtheil vom 6. April 1882). — Ueber die Differenzgeschäfte vgl. noch die Verhandlungen des 16. deutschen Juristentags (1882) II S. 165—226. 334—337, Gareis die Klagbarkeit der Differenzgeschäfte (1882) und den Aufsatz von Laband in: Politische Wochenschrift, herausgegeben von Delbrück u. z. Putlitz, 1882 Nr. 6. [Das ROHG. (Seuff. Arch. XXX. 264) hat das Differenzgeschäft für ungültig nur für den Fall erklärt, daß effective Lieferung durch den Vertrag ausgeschlossen ist. Ebenso der oberste Gerichtshof von Bayern, Seuff. Arch. XLIII. 187. In demselben Sinne hat das RG. das „reine Differenzgeschäft" für ungültig erklärt, Seuff. Arch. XLIII. 111 und XLV. 287 (Entsch. XXIII S. 138). Vgl. Seuff. Arch. XLIV. 19 (OLG. zu Hamburg): reine Differenzgeschäfte werden schwerlich irgendwo noch vorkommen.]

[4] Motiv des Spielvertrags: die durch den Spielvertrag zu erreichende fernere Absicht; seine erste Absicht ist die im Text bezeichnete. Vgl. I § 98 Ziff. 1. Beim Wettvertrag ist die erste und einzige Absicht die Erhärtung der Intensivität der eigenen Ueberzeugung.

[5] L. 17 § 5 D. de praescr. verb. 19. 5. Ueber den weitgehenden Gebrauch, welchen die Römer von Wetten zum Zwecke der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung über eine irgendwelche Streitigkeit machten, s. die Citate bei Keller Civilproc. § 26 Note 307. 308. — A. M. in Betreff der Gültigkeit des Wettvertrages Puchta § 258, auf Grund der irrigen Auffassung: „Spiele sind Complexe von zusammenhängenden Wetten", und mit Berufung darauf, daß l. 17 § 5 cit. nur von einer Klage gegen den Dritten rede. Auch bei älteren Juristen findet sich die Meinung, daß der Wettvertrag ungültig sei, wie der Spielvertrag, s. Wilda S. 226.

[5a] L. 2 § 1 l. 3 D. h. t. Eine nicht glossirte Vorschrift Justinian's (l. 1 C. h. t.) beschränkt die Erlaubtheit auf fünf Spiele dieser Art (vgl. darüber Glück XI S. 326. 327), und auf den Fall, daß der Spielpreis nicht mehr als einen solidus beträgt. [Rechtsgeschichtlich: Schönhardt Alea. Ueber die Bestrafung des Glücksspiels im älteren röm. R. 1885. Darüber H. H. Pernice Zeitschr. d. Sav.-Stift. VIII 1. Heft S. 148, Hölder krit. VJSchr. XXVIII S. 537 fg.]

Gegenständen, die zum unmittelbaren Verzehren bestimmt sind[5b]. Weiter muß nach heutigem Recht gegangen werden. Nach heutigem Recht muß der Spielvertrag auch dann für erlaubt erachtet werden, wenn er dem Zwecke geselliger Unterhaltung dient und sich innerhalb der Grenzen derselben hält. Dieß thut er: a) wenn sein Motiv die Steigerung und Belebung einer zum Zwecke der Unterhaltung vorgenommenen anderweitigen Thätigkeit ist; b) wenn sein Motiv zwar der Reiz des Wagens, aber der Spielpreis mäßig und den Vermögensverhältnissen der Spielenden entsprechend ist[6]. Der erlaubte Spielvertrag erzeugt ebenfalls alle seinem Inhalte gemäßen rechtlichen Wirkungen[7].

3. Jeder andere Spielvertrag ist verboten und nichtig; das Verlorene braucht nicht bezahlt zu werden, und kann zurückgefordert werden, wenn es bereits gezahlt worden ist[8].

[5b] L. 4 pr. D. h. t. — „quod in convivio vescendi causa ponitur".

[6] Für den im Text aufgestellten Satz darf ein allgemeines deutsches, täglich geübtes Gewohnheitsrecht behauptet werden; es wird täglich das im Spiel Verlorene gezahlt, ohne daß dieß kraft eines besonders empfindlichen Ehrgefühls geschähe, und anders angesehen würde, denn als eine Sache des einfachen Rechts. Dazu stimmt auch die in den Particularrechten vertretene deutsche Rechtsentwickelung, wie sie von Wilda II S. 144 fg. nachgewiesen worden ist. S. auch Wilda daselbst S. 173—180. Seuff. Arch. XXX. 145. — Andere haben den Satz aufgestellt, nach heutigem Recht seien erlaubt alle Kunstspiele, nicht die Glücksspiele. S. darüber und dagegen Wilda a. a. O. S. 174 fg. — Für die fortdauernde Gültigkeit der römischen Bestimmungen hat sich Bruck a. a. O. ausgesprochen; ebenso Seuff. Arch. I. 345, IX. 289, XIII. 94. — Zu beachten ist, daß es in dem im Text aufgestellten Satz „und" heißt, nicht „oder". Vgl. Entsch. des RG. in Strafsachen VI S. 70 und ein Urtheil des RG. 3/11 85 [abgedruckt in: Rechtsprechung des RG. in Strafsachen VII S. 637].

[7] Also er gibt auch ein Klagerecht auf das Gewonnene. Diese Behauptung steht isolirt da. Aber ich gehe davon aus, daß einem erlaubten Vertrag keine ihm an und für sich zukommende Wirkung versagt werden darf, so lange nicht für das Gegentheil ein Rechtssatz nachgewiesen ist. Wilda (II S. 180—182) beruft sich für die Klaglosigkeit auch des erlaubten Spielvertrages auf die in den deutschen Particularrechten und dem Reichsgesetz von 1580 („Reuterbestallung und Artikul der teutschen Knechte") § 211 vertretene Rechtsentwickelung, wonach das „Spielen auf Borg" verboten ist. Uebereinstimmend Seuff. Arch. XXXI. 139. Aber auch abgesehen davon, daß die Frage erlaubt ist, ob dieses Verbot nicht vielmehr den Sinn hat, daß in einem solchen Spielen eben kein Spielen zur Unterhaltung, sondern ein eigentliches Spielen um Gewinn gesehen wird, so kann doch allein durch die Berufung auf die Particularrechte (die übrigens nicht einstimmig sind, vgl. Stobbe § 194 Note 24) und ein Reichsgesetz, welches ein Specialgesetz ist, kein gemeines Recht begründet werden. Thöl § 304 leugnet, daß im heutigen gemeinen Recht überhaupt zwischen erlaubten und unerlaubten Spielverträgen unterschieden werden dürfe. Ist das richtig, so muß man in allen vom römischen Recht nicht ausdrücklich ausgenommenen Fällen eine Klage auf Rückforderung des Verlorenen gewähren. Für das Gegentheil nimmt Thöl eine „gemeinrechtliche Praxis" in Anspruch, ohne sie zu beweisen.

[8] Für das Rückforderungsrecht l. 4 § 1. 2 D. h. t. und die Analogie der

§ 420.

1. Erlaubt und verbindlich ist nicht Alles, was Wettvertrag genannt wird, sondern nur, was Wettvertrag wirklich ist; es kann sich sehr wohl unter dem Namen der Wette ein Spiel verbergen[1]. — Auch der Wettvertrag, welcher es wirklich ist, ist unerlaubt, wenn die

---

verbotenen Zinsen (§ 261 Note 6). Dagegen darf das Rückforderungsrecht auf l. 1. 2 C. h. t. nicht gestützt werden, da diese Stellen nicht glossirt sind (wovon in früheren Auflagen irrthümlich das Gegentheil angenommen war). Daher darf auch der übrige Inhalt der l. 2 cit. (50jährige Verjährung des Rückforderungsrechts, Vertretung des Verlierenden durch Stadtgemeinde und Fiscus) als geltendes Recht nicht angesehen werden. Vgl. Arndts § 236 Anm. 2, Sintenis § 123 Anm. 2. Gegen das Rückforderungsrecht, wieder mit Berufung auf das deutsche Recht, Wilda II S. 185—190, jedoch nicht in überzeugender Weise. Gegen das Rückforderungsrecht auch Thöl (Note 7), ferner Endemann a. a. O. (gegen dens. Cosack a. a. O.). Stobbe III § 194 a. E. will das Rückforderungsrecht nur für den Fall des durch Art. 284 des Reichsstrafgesetzbuchs verbotenen gewerbmäßigen Glücksspiels gewähren. Aber daraus, daß das Glücksspiel nur in diesem Fall mit Strafe bedroht ist, folgt nicht, daß die Vorschrift des römischen Rechts, welche es auch in anderen Fällen für unerlaubt erklärt, beseitigt sei. Particularrechtlich tritt aber wohl an die Stelle des Rückforderungsrechts Confiscation der verspielten Summen. — Vgl. Seuff. Arch. I. 345, XIII, 94; XI. 155.

§ 420. [1] Was Wette genannt wird, ist in der That Spiel, wenn die Parteien nicht wetten, weil sie widersprechende Behauptungen gegen einander aufgestellt haben, sondern widersprechende Behauptungen gegen einander aufstellen, um wetten zu können. Dahin gehört auch das s. g. Pariren beim Spiel, in dem Sinne, in welchem es gewöhnlich geschieht. Anders wenn es wirklich von der Ueberzeugung ausgeht, daß einer der Mitspielenden dem andern an Kraft überlegen sei. In gleicher Weise verhält es sich mit den Wetten, welche bei Pferderennen und ähnlichen Wettkämpfen gemacht zu werden pflegen. Das römische Recht erklärt (l. 3 D. h. t.) für unerlaubt alle Wetten beim Spiele, mit Ausnahme der Spiele zum Zwecke körperlicher Uebung — ohne Zweifel in dem Sinne, daß bei den letzteren ein Interesse der Wettenden am Ausgange des Spiels als solchen denkbar sei, während in anderen Fällen das Spiel zur Entscheidung über Gewinn und Verlust nur benützt werde. Vgl. Wilda VIII S. 217. 227—230. Seuff. Arch. II. 291, XIII. 94. Wo die Grenze zwischen der wirklichen Wette und der Spielwette ist, kann im einzelnen Fall sehr schwer zu bestimmen sein; der Gegensatz selbst ist deßwegen nicht weniger wahr. Einen nahe liegenden Anhaltspunkt für die richterliche Entscheidung wird die Höhe der Wettsumme bilden; ist dieselbe unverhältnißmäßig hoch, so liegt die Vermuthung nahe, daß in der Wette gespielt worden sei. Die Behauptung aber, daß die Wette überhaupt (also auch da, wo es feststeht, daß sie aus Rechthaberei abgeschlossen worden ist) durch die unverhältnißmäßige Höhe der Wettsume eine unerlaubte und unverbindliche werde, läßt sich nicht rechtfertigen, auch nicht, wenn man, was der Standpunkt von Wilda ist (VIII S. 230—233), das ältere deutsche Recht zu Hülfe nimmt. Vgl. Vangerow S. 539 (523. 524), Krügelstein S. 37 fg. Für erlaubt und klagbar erklären die Spielwette (vorausgesetzt daß die Entscheidung nicht durch eine zu diesem Zweck vorgenommene Thätigkeit herbeigeführt werden soll) Thöl § 306, Stobbe III § 193 Note 6, s. auch Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. XXVIII S. 294.

Wette einen unsittlichen Inhalt hat[2]. — Der Wettvertrag kann, wie jeder Vertrag, angefochten werden wegen Arglist; aber Arglist ist es nicht ohne Weiteres, wenn Jemand, welcher von der Wahrheit seiner Behauptung sichere Kunde hat, wettet, ohne dieß dem Gegner mitzutheilen[3]. — Gleichheit des Wettpreises auf beiden Seiten ist Bedingung der Gültigkeit des Wettvertrages nicht[4]. Wird aber nur von der einen Seite etwas für den Fall des Unrechthabens versprochen, so ist das keine Wette mehr; jedoch ist ein solcher Vertrag nicht unverbindlich[5]. Unverbindlich ist natürlich die nicht ernstlich gemeinte Wette[6].

2. Der von Vielen aufgestellte Satz[6a], daß das zum Zweck eines verbotenen Spiels gegebene Darlehn nicht zurückgefordert werden könne, ist bedenklich[7]. Dagegen enthält das römische Recht noch die Bestimmung, daß derjenige, welcher seine Wohnung zu einem verbotenen Spiel hergibt, keinen Anspruch wegen erlittener Schläge und wegen Beschädigung, und ebensowenig wegen einer zur Zeit des Spiels in seinem Hause verübten Entwendung, haben solle[8].

---

[2] L. 17 § 5 i. f. D. de praescr. verb. 19. 5. Einen unsittlichen Inhalt hat die Wette, wenn sie zur Beförderung des Schlechten dient. Wilda VIII S. 218. 228.

[3] Anders, wenn er sich den Schein gibt, die Sache, auf welche es ankommt, minder gewiß zu wissen, als dieß der Fall ist. Wilda VIII S. 233—236, Vangerow S. 539 (524), Holzschuher III § 310 Nr. 5, Stobbe § 193 Note 30. 31. — Thöl § 305 behauptet ohne Beweis, daß die Wette auch wegen übermäßiger Höhe des Wettpreises angefochten werden könne, näher daß der Richter ein Ermäßigungsrecht habe. Dagegen Stobbe III § 193. I Nr. 3 a. E.

[4] Seuff. Arch. II. 292, vgl. aber auch XVI. 217.

[5] Vgl. Schwarze und Heyne Untersuchung praktisch wichtiger Materien ꝛc. S. 88—91, Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 100, Stobbe § 193. I Nr. 4. A. M. Regelsberger civilr. Erörterungen I S. 207.

[6] Vgl. Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock III S. 100—105. VI S. 161—162. Seuff. Arch. XVI. 217, XXVII. 182, XXXII. 231, XXXVII. 310.

[6a] Vgl. Glück XI S. 334—337, Wilda II S. 190—192, Sintenis § 123 Anm. 5. Emminghaus Arch. f. prakt. RW. N. F. VII S. 1 fg.

[7] Man stützt diesen Satz auf l. 12 § 11 D. mand. 17. 1 und l. 2 § 1 D. quar. rer. actio 44. 5. Aber was die erste Stelle angeht, so gelangt man, wenn man dieselbe wirklich für die hier vorliegende Frage verwerthen will, zu dem, doch von Niemandem anerkannten, Satz, daß kein Darlehn zurückgefordert werden könne, von welchem der Darlehngeber wisse, daß es ökonomisch schlecht werde verwendet werden. Richtiger erscheint es daher, diese Stelle aus der Jugend des Darlehnsempfängers („adolescens") zu erklären, vgl. l. 27 § 1 l. 24 § 4 D. de min. 4. 4. Aus l. 2 § 1 D. quar. rer. actio (§ 391 Note 40) aber folgt höchstens, daß das Darlehn dann nicht zurückgefordert werden könne, wenn das Geld verloren worden ist. Wilda beruft sich auch hier auf das deutschrechtliche Verbot des Spieles auf Borg. Eine Mittelmeinung, welche Emminghaus

3. Eine besondere Gestaltung des Spielvertrages ist der moderne Lotterievertrag. Das Besondere desselben liegt darin, daß nur die Verpflichtung der einen der spielenden Parteien eine bedingte ist. Der Lotterievertrag wird heutzutage von den Staaten als Erwerbsquelle benützt, und ist insoweit erlaubt[9].

II. Forderungsrechte aus vertragsähnlichen Gründen.

A. Ungerechtfertigte Bereicherung*.

1. Begriff.

a. Bereicherung.

§ 421.

Die Thatsache, daß Jemand aus fremdem Vermögen in ungerechtfertigter Weise bereichert worden ist, erzeugt für ihn die Verpflichtung, dem Benachtheiligten herauszugeben, worum er reicher geworden ist[1].[2]

---

vertritt, erklärt für nicht rückforderbar das während des Spiels gegebene Darlehn. Vgl. noch Holzschuher III § 310 Nr. 2, Stobbe III § 194 Note 28, [Dernburg II § 85 Note 7]. Seuff. Arch. XXIII. 27. — Wird das Darlehn von dem Mitspieler gegeben, und das gegebene Geld an denselben verloren, so ist das Darlehn freilich unrückforderbar. Es ist jetzt ganz gleich, als wenn das Geld direct im Spiele verloren worden wäre.

[8] L. 1 pr. — § 3 D. h. t. Doch ist freilich die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmung sehr bestritten. Wilda II S. 173, Sintenis Anm. 5 a. E. — Oeffentliche Bestrafung des verbotenen Spiels? StrGB. § 284. 285. Vgl. l. 1 § 4 D. h. t., l. 3 i. f. C. h. t.; Heffter Strafrecht § 483, Wilda II S. 183—185.

[9] Das Nähere muß den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts überlassen bleiben. StrGB. § 286. — Ebenso muß den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts die Darstellung der anderen gewagten Verträge überlassen werden, welche außer den hier genannten noch einer besonderen Erörterung bedürfen, des Leibrentenvertrags, des Versicherungs- und des Bodmereivertrags (vgl. über den letzteren auch § 371 Note 8 a. E.).

* Dig. 12. 4—7, 13. 1. Cod. 4. 5—9. — Windscheid, die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung (1850). Erxleben die condictiones sine causa, 1. Abtheil. 1850. 2. Abtheil. 1853. H. Witte die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts (1859). Voigt die condictiones ob causam (1862); vgl. über diese Schrift die Recensionen von Esmarch krit. VJSchr. V S. 523—541 und von H. Witte in Schletter's Jahrb. X S. 6—25 (die letztere ist nicht zu strenge). Vgl. auch O. Mayer die justa causa bei Tradition und Usucapion S. 21—63 (1871). Voigt ius naturale 2c. 2c. III S. 399 fg. 550 fg. 922 fg. 1033 fg. (1875). Pauliček die Lehre von den Klagen aus ungerechtfertigter Bereicherung nach österr. Civilrecht mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts, so wie der modernen Gesetzgebungen (1878). Pfersche die Bereicherungsklagen S. 52 fg. (S. a., wirklich erschienen 1883.) Ueber diese Schrift Baron krit.

1. Bereicherung[3]. Dieselbe kann in einer Vermehrung des Vermögens bestehen, oder in einer Nichtverminderung. Vermögensvermehrung: Erwerb eines Eigenthumsrechts[4], eines Rechts an fremder

VJSchr. VII S. 542 fg. Die im Vorstehenden genannten Schriften decken übrigens das hier behandelte Thema nicht alle vollständig. — Glück XIII S. 1 fg.; Unterholzner II S. 6—65, Sintenis II § 109 (S. 517—545), Brinz 2. Aufl. II § 300—305, [Bekker II § 100. 101].

[1] Früher lehrte man vielfach, daß schon die Thatsache der Bereicherung aus fremdem Vermögen als solche eine Verpflichtung zur Ausgleichung des dadurch dem Andern entstandenen Nachtheils begründe, und noch W. Sell in seinen Versuchen I S. 1 fg. (1833) hat der Ausführung dieses Grundsatzes eine besondere Abhandlung gewidmet. Jetzt wird es wohl von Niemandem mehr verkannt, daß der Grundsatz in dieser Allgemeinheit unrichtig ist, und daß, wenn dir Quellen wirklich lehren: „natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem“ (l. 14 D. de cond. ind. 12. 6, l. 206 D. de R. I. 50. 17), dieß nur eine von den vielen falschen Abstractionen ist, welche sich in ihnen finden. Den richtigen Grundsatz gibt an l. 1 § 3 D. de cond. sine causa 12. 7. „Constat, id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit, vel redit ad non iustam causam“; — ferner l. 25 D. de act. rer. am. 25. 2: „Nam iure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa possident“. Den bezeichneten Irrthum hat neuerlich Jacobi (Jahrb. f. Dogm. IV S. 159 fg.) umgekehrt, indem er behauptet, daß auch die Ungerechtfertigtheit der Bereicherung kein selbständiges Klagefundament bilde. S. dagegen H. Witte daf. V S. 88 fg., und vgl. § 423 Note 13. — Ueber das Geschichtliche der Lehre s. Voigt in der erstgenannten Schrift § 39—45 und a. a. OO. der zweiten. § 421.

[2] Die Verpflichtung aus der Thatsache der ungerechtfertigten Bereicherung entspricht der vertragsmäßigen Verpflichtung auf Rückgabe Dessen, was Jemand aus fremdem Vermögen in Händen hat. Der Zusammenhang zwischen der einen und der anderen Verpflichtung ist besonders nahe liegend in dem Fall, wo die Bereicherung auf dem Willen des Aermergewordenen beruht. Gai. III. 90 (§ 1 I. quib. mod. re 3. 14): „Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur: nam perinde ei condici potest ‘si paret eum dare oportere’, ac si mutuum accepisset“. L. 5 § 3 D. de O. et A. 44. 7, § 6 I. de obl. quasi ex contr. 3. 27. — Es ist hier nur die Rede von der Verpflichtung aus der Thatsache der ungerechtfertigten Bereicherung als solcher. Die Fälle, in welchen die Verpflichtung zur Herausgabe einer Bereicherung durch etwas Anderes, als ihre Ungerechtfertigtheit begründet ist, gehören nicht hierher, und daher namentlich nicht die actio negotiorum gestorum contraria und die actio de in rem verso. Vgl. Windscheid krit. VJSchr. I S. 116, und was speciell die actio negotiorum gestorum contraria angeht, unten § 430 Note 17 a. E.

[3] Vgl. Voigt § 47—51.

[4] Für diesen gewöhnlichsten Fall ist es nicht nothwendig, Beweisstellen anzugeben. — Liegt eine Bereicherung auch darin, daß der Werth einer bereits im Eigenthum befindlichen Sache gesteigert wird? Nur unter einer von folgenden beiden Voraussetzungen: a) die Werthsteigerung hat auch eine Ertragssteigerung zur Folge, dann besteht die Bereicherung in dem Mehrertrag; b) die Sache ist dem Eigenthümer feil, dann besteht die Bereicherung in dem Mehr des erzielten Kaufpreises. Vgl. l. 38 i. f. l. 29 D. de R. V. 6. 1, l. 10 D. de impens. 25. 1. Seuff. Arch. IX. 287.

Sache[5], eines Forderungsrechts[6], Erlangung eines Besitzes[7]; Befreiung von einer Eigenthumsbeschränkung[8] oder von einer Schuld[9]. Nichtverminderung des Vermögens[9a]: Nichtbeschwertwerden mit einer Eigenthumsbeschränkung[10] oder mit einer Schuld[11] oder mit einer Leistung[12], Ersparung einer Ausgabe[13], Erhaltung einer Sache[14]. — Ist mit

---

[5] L. 12 D. de cond. ind. 12. 6.

[6] S. z. B. l. 1 pr. — § 2 l. 3 D. de cond. sine causa 12. 7, l. 7 C. de non num. pec. 4. 30. — Schmid Grundlehren der Cession II S. 189 fg. 439 ist der Meinung, die Ungerechtfertigtheit der durch Cession eines Forderungsrechts verschafften Bereicherung begründe nicht die Verpflichtung zur Zurückgabe, da der Cedent in diesem Falle ohne Weiteres gegen den Schuldner auftreten könne. Ich glaube nicht, daß dieser Satz durch die dafür angeführten Stellen, l. 4 C. de H. v. A. V. 4. 39 und l. 21 § 3 D. de ann. 33. 1, bewiesen wird.

[7] L. 4 § 2 D. de R. C. 12. 1, l. 15 § 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 31 § 1 i. f. D. dep. 16. 3, l. 46 D. de don. i. e. v. u. 24. 1, l. 25 § 1 D. de furt. 47. 2. Vgl. l. 9 pr. l. 21 § 2 D. quod. met. c. 4. 2, und I § 161 Note 2. Zur Zeit des Proculus war die condictio possessionis noch nicht anerkannt. Vgl. l. 67 D. de I. D. 23. 3. Seuff. Arch. III. 177, IV. 122. Vgl. Brinz 1. Aufl. S. 653—654 (2. Aufl. II § 300 Note 23).

[8] L. 5 § 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1.

[9] S. z. B. l. 4. 10 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 23 D. de m. c. don. 39. 6.

[[9a] Die Richtigkeit dieser Kategorie bezweifelt Bekker II S. 154. Aber es handelt sich weder um „Nichtherbeiführung einer Minderung", noch um „Beseitigung einer Minderung", sondern um Herbeiführung einer Nichtminderung.]

[10] L. 35 D. de S. P. U. 8. 2, l. 22 § 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 8 pr. D. de A. E. V. 19. 1.

[11] L. 5 § 1 D. de usufr. ear. rer. 7. 5, l. 7 pr. D. de usufr. quemadm. 7. 9, l. 3 § 10 D. si cui plus 35. 3, l. 39 D. de cond. ind. 12. 6.

[12] L. 40 § 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 58—60 D. de leg. I° 30, l. 5 § 2 D. de impens. 25. 1.

[13] Z. B. Jemand erspart durch Gebrauch fremder Sachen oder fremder Arbeitskräfte Miethgeld (l. 65 § 7 l. 26 § 12 D. de cond. ind. 12. 6, Seuff. Arch. XXV. 28); Jemand gibt fremdes Geld aus, und deßwegen nicht sein eigenes (s. z. B. l. 29 D. de cond. ind. 12. 6, vgl. l. 50 § 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1); oder der Eigenthümer selbst gibt das Seinige hin, damit wir nicht nöthig haben, das Unsrige hinzugeben. Darlehnsgabe mit Verzicht auf den Zins. Unrichtig Göppert über die organischen Erzeugnisse S. 360 Note 40. — Durch das Ausgeben fremden Geldes wird übrigens eine eigene Ausgabe nur dann erspart, wenn das Geld, was freilich der gewöhnliche Fall sein wird, in einer Weise ausgegeben worden ist, daß es dadurch für den Eigenthümer unauffindbar geworden ist; denn sonst wird es von dem Eigenthümer vindicirt, und der Empfänger greift auf den Ausgebenden zurück. — In Betreff des oben zuerst genannten Falles geht von einer engeren, die Rückforderung ausschließenden Auffassung aus l. 25 D. de praescr. verb. 19. 5; dieselbe hält mit Unrecht für den Ausdruck des eigentlichen Gedankens des römischen Rechts Voigt cond. ob causam S. 327. 332. 465. Das consumere alienam pecuniam der Quellen versteht Voigt lediglich von Eigenthumserwerb durch Vermischung (S. 390. 746).

[14] Vgl. l. 31 § 10 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (§ 365 Note 14).

der Vermehrung oder Nichtverminderung des Vermögens ein Verlust verbunden, so ist Bereicherung nur der Ueberschuß[15].

2. Bereicherung aus fremdem Vermögen. Die Bereicherung ist eine Bereicherung aus fremdem Vermögen nicht bloß dann, wenn durch den Inhalt der Thatsache, welche die Bereicherung begründet, die Verminderung des fremden Vermögens von selbst gegeben ist[16], sondern auch dann, wenn sie durch Mittel des fremden Vermögens, durch Gebrauch, Verbrauch, Hingabe, Belastung, Nichtvermehrung des fremden Vermögens, bewirkt worden ist[17].

3. Die Thatsache, auf welcher die Bereicherung beruht, kann Rechtsgeschäft sein, oder irgend eine andere[18]. Das Rechtsgeschäft

---

[15] Wer z. B. fremdes Geld zum Darlehn erhalten hat oder mit fremdem Gelde bezahlt worden ist, wird durch den Verbrauch des Geldes nur dann reicher, wenn er es unredlicherweise verbraucht hat; denn durch redlichen Verbrauch wird er Schuldner und verliert ein Forderungsrecht auf den gleichen Betrag (§ 370 Note 8, § 342 Note 8). Eine interessante hierher gehörige oberrichterliche Entscheidung bei Seuff. Arch. XXXIII. 32. Vgl. § 422 Note 2 und 4 a. E.

[16] Dadurch, daß Jemand Eigenthümer wird, verliert der bisherige Eigenthümer sein Eigenthumsrecht. Dadurch, daß Jemand Gläubiger wird, wird ein Anderer sein Schuldner. Dadurch, daß ein Schuldner befreit wird, verliert der Gläubiger sein Forderungsrecht ꝛc. Nur ist zu bemerken, daß, so wenig wie der Erwerb Bereicherung ist, wenn mit ihm ein entsprechender Verlust verbunden ist, ebensowenig der Verlust Vermögensverminderung ist, wenn mit ihm ein entsprechender Erwerb verbunden ist. So ist z. B. wenn ein Schuldner Jemandem zahlt, den er irrthümlicherweise für seinen Gläubiger hält, der Empfänger zwar bereichert, aber wenn der Schuldner ausnahmsweise durch die Zahlung befreit wird (z. B. er zahlt unter einem Rechte, welches die Forderung durch die Cession als solche übergehen läßt, ohne Kenntniß der Cession an den Cedenten [vgl. § 331 Note 8]), ist der Empfänger nicht aus dem Vermögen des Schuldners bereichert, sondern aus dem Vermögen des Gläubigers. Hierher gehört auch der für den heutigen Verkehr so wichtige Fall der Zahlung an den Inhaber eines Legitimationspapiers.

[17] Jemand erspart durch Gebrauch oder Verbrauch fremden Vermögens eine eigene Ausgabe (Note 13). Jemand verkauft eine fremde Sache und macht durch Tradition den Empfänger zum Eigenthümer (HGB. Art. 306). Jemand verkauft eine fremde Sache und macht durch Tradition den Empfänger zwar nicht zum Eigenthümer, aber die Sache geht beim Empfänger unter, so daß der Verkäufer von dem Entwehrungsanspruch befreit wird (l. 23 de R. C. 12. 1, l. 48 [49] D. de neg. gest. 3. 5). Der Schuldner zahlt an einen Nichtgläubiger und nimmt dadurch dem Gläubiger sein Forderungsrecht (Note 16). Meine Schuld bezahlt ein Anderer mit seinem Gelde. Eine Verpflichtung, welche ich übernehmen müßte, übernimmt ein Anderer. Jemand weist denjenigen, welcher ihm eine Leistung machen will, an, die Leistung mir zu machen. S. auch KO. § 38 und darüber Hellwig Arch. f. civ. Pr. LXVIII S. 217 fg. Vgl. noch Entsch. des RG. X S. 112.

[18] Es kommt nur darauf an, daß es kraft der Natur der Thatsache möglich sei, daß sie einerseits eine Bereicherung wirklich begründe, und andererseits diese Bereicherung dennoch eine ungerechtfertigte sei. Ueber den Unterschied,

braucht nicht nothwendig ein Rechtsgeschäft zwischen dem Bereicherten und dem Benachtheiligten zu sein[19]. — Der Fall, wo die Bereicherung auf einer Erbeseinsetzung oder einem Vermächtniß beruht, wird aus Zweckmäßigkeitsgründen hier ausgeschieden und der Betrachtung im Zusammenhange des Erbrechts vorbehalten.

b. Ungerechtfertigte Bereicherung.

§ 422.

Wann ist eine Bereicherung aus fremdem Vermögen eine ungerechtfertigte Bereicherung[1]? Man wird darauf verzichten müssen, auf diese Frage mit einer alle Fälle umfassenden Formel zu antworten; es sind vielmehr die einzelnen Fälle als solche ins Auge zu fassen.

1. Die Bereicherung ist mit dem Willen des Benachtheiligten eingetreten. Für diesen Fall ist davon auszugehen, daß die Bereicherung eine gerechtfertigte ist; sie kann jedoch auch in diesem Fall eine ungerechtfertigte sein. Davon näher im folgenden §.

2. Die Bereicherung ist nicht mit dem Willen des Benachtheiligten eingetreten. Dann kann sie:

---

welchen Voigt (cond. ob causam § 55. 56) zwischen „pecuniär differenten" und „pecuniär indifferenten" Rechtserwerbthatsachen (je nach dem zum Begriff der Erwerbthatsache die Kategorie der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit gehöre oder nicht gehöre) macht, s. die 4. Auflage dieses Lehrbuchs.

[19] Der Geber leistet in der Person des Empfängers einem Andern; dem Empfänger leistet durch die Person des Gebers ein Anderer. Vgl. l. 9 § 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 8 § 2 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 78 § 5 D. de I. D. 23. 3, l. 5 § 5 l. 17 pr. D. de doli exc. 44. 4, l. 12. 13 D. de nov. 46. 2, l. 2 C. de cond. ind. 4. 5; l. 8 § 3 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 21 § 1 D. de don. 39. 5; l. 18 § 1 l. 31 § 3 D. de m. c. don. 39. 6. Vgl. § 412 Ziff. 1. a. Ein anderer hierher gehöriger Fall ist der in Note 17 bezeichnete: Jemand verkauft eine fremde Sache.

§ 422. [1] Die ungerechtfertigte Bereicherung wird in den Quellen im Allgemeinen als eine Bereicherung sine causa bezeichnet. L. 66 D. de cond. ind. 12. 6. „Haec condictio . . . quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit". L. 10 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4: — „nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa, an per acceptilationem pervenerit". L. 3 D. de cond. sine causa 12. 7. „Qui sine causa obligantur, incerti condictione consequi possunt; ut liberentur". L. 15 pr. D. de fidei 46. 1. „Si stipulatus esses a me sine causa . .". Vgl. noch l. 2. 3. 4. 5 D. de cond. sine causa 12. 7, l. 34 D. de cond. ind. 12. 6, l. 11 § 6 l. 30 pr. D. de A. E. V. 19. 1, l. 50 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 § 5 D. de coll. 37. 6, l. 2 § 3 D. de doli exc. 44. 4, l. 5 C. de spons. 5. 1. S. aber auch § 423 Note 8. Daneben tritt die Bezeichnung auf, daß die ungerechtfertigte Bereicherung non ex iusta causa sei. L. 1 § 3 D. de cond. sine causa 12. 7, l. 25 D. de act. rer. am. 25. 2 (§ 421 Note 1).

a) auf einer Rechtsveränderung beruhen, durch deren Inhalt die Benachtheiligung des Andern von selbst gegeben ist[1a]. In diesem Fall ist sie, eben weil die bereichernde Rechtsveränderung die Benachtheiligung dieses Andern von selbst enthält, und eine Rechtsveränderung nicht ohne den Willen des Rechts eintritt, eine gerechtfertigte; es wäre denn, daß die Rechtsregel, nach welcher sie eingetreten ist, nur den formalen Gesichtspunkt ins Auge faßt, so daß durch dieselbe eben auch nur die Rechts-, nicht aber die Vermögensveränderung gerechtfertigt wird[2].

b. Besteht die Bereicherung in der Erlangung fremden Besitzes, so ist sie eine ungerechtfertigte, wenn nicht durch eine besondere Thatsache ein Recht auf die Besitzergreifung begründet ist[3]. Ebenso ist, wenn die Bereicherung durch Gebrauch, Verbrauch, Hingabe fremden Vermögens hervorgebracht ist, dieselbe eine ungerechtfertigte, wenn nicht aus einer besonderen Thatsache das Recht, sich in dieser Weise zu bereichern, hergeleitet werden kann[4]. Namentlich ist die Bereicherung

---

[1a] S. § 421 Note 16.

[2] Beispiele: Eigenthumserwerb durch Verarbeitung, l. 29 § 1 l. 30 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (Gai. II. 79 und § 26 I. de R. D. 2. 1 handeln wahrscheinlich von einem bösgläubigen Besitzer, s. mein Programm: zwei Fragen aus der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Leipzig 1878, S. 16 fg., und Jhering Jahrb. für Dogm. XVI S. 249 fg.). Eigenthumserwerb durch Verbindung, s. die I § 190 Note 4 genannten Stellen und vgl. § 424 Note 1 a. E. (jedoch gilt für die Verbindung die unten in Note 7 bezeichnete Beschränkung). WO. Art. 83 (Seuff. Arch. XXVIII. 62 u. Citate das., XXX. 149, XXXIV. 51, XXXVI. 76).

[3] Daher l. 4 § 2 D. de R. C. 12. 1. „Ea quae vi fluminum importata sunt condici possunt". Von besonderer Wichtigkeit ist der Fall, wo in der Besitzergreifung ein Delict liegt, s. Note 5. S. noch Buchka und Budde Entscheidungen ꝛc. V S. 279—282 (= Seuff. Arch. XIX. 152). Vgl. auch Seuff. Arch. XIX. 153.

[4] Hierher gehören folgende Quellenentscheidungen. a) L. 18 § 1 de R. C. 12. 1, l. 30 pr. D. de A. E. V. 19. 1, [l. 24 pr. D. de O. et A. 44. 7]; Jemand verbraucht fremdes Geld ohne den Willen des Eigenthümers in gutem Glauben. Seuff. Arch. XXIX. 121. (Ueber l. 67 i. f. D. de I. D. 23. 3 s. das in der vorigen Note citirte Programm S. 21 fg.). Ist ihm aber das Geld zum Behalten gegeben worden, so wird durch Verbrauch des Geldes das Geschäft vollendet, in welchem dasselbe hingegeben worden ist, und der Bereicherte ist der Hingebende. S. § 342 Note 8, § 370 Note 8, § 421 Note 15. Entscheid. d. RG. XIII S. 180 fg. [= Seuff. Arch. XLI. 109]. (Anders Seuff. Arch. XXXV. 294, XXXVII. 355.) b) L. 23 D. de R. C. 12. 1, l. 48 [49] D. de neg. gest. 3. 5, l. 1 C. de reb. al. 4. 51, l. 1 C. de comm. rer. al. 4. 52: Jemand verkauft in gutem Glauben eine fremde Sache, welche dann untergeht, oder vom Käufer ersessen wird. Unter denselben Gesichtspunkt gehört c) l. 12 § 1 D. de distr. pign. 20. 5: Jemand verpfändet eine fremde Sache, durch deren Verkauf dann der Pfandgläubiger sich bezahlt macht. Er verkauft nicht

dann eine ungerechtfertigte, wenn in den bezeichneten Handlungen ein Delict liegt[5]; es ist aber nicht nothwendig, daß in denselben ein

selbst, aber er verschafft sich dadurch, daß er einem Andern die Verkaufsmöglichkeit gewährt, eine Bereicherung: Befreiung von einer Schuld. d) In l. 12 § 1 cit. wird nicht bloß dem Eigenthümer der verkauften Pfandsache ein Rückforderungsrecht zugesprochen („si necdum pignus evictum est"), sondern auch dem Käufer nach der Eviction, vorausgesetzt daß dieselbe für ihn einen Rückgriff gegen den verkaufenden Pfandgläubiger nicht bewirkt hat. Der Käufer bezahlt mit seinem Gelde die Schuld des Verpfänders, ohne daß er irgendwie den Willen hätte, denselben zu bereichern. Die gleiche Entscheidung findet sich für den Fall des richterlichen Verkaufs in Folge der Pfändung in l. 74 § 1 D. de evict. 21. 2 (I § 233 Note 4). Zu c) und d) vgl. noch Dernburg Pfandr. II S. 195 fg. 253. Pand. I § 282 Note 7. [Geib die Person des pignoraticisch Berechtigten und des pignoraticisch Verpflichteten S. 28 fg.] Entscheid. des RG. XIII S. 180 fg. d') Ein Erbe „rem legatam ignorans in funus consumpsit". Der Legatar hat einen Anspruch auf „indemnitas". L. 63 D. de leg. II[1] 31. e) L. 19 § 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1: ein Sclave kauft (und erwirbt dadurch seinem Herrn) mit fremdem Geld; l. 39 D. de stip. serv. 45. 3: ein servus fructuarius oder bona fide possessus stipulirt ex operis suis oder ex re fructuarii bez. bonae fidei possessoris, stellt aber die Stipulation ausdrücklich auf den Kopf des Eigenthümers. f) L. 48 [49] D. de neg. gest. 3. 5: Jemand tilgt eine fremde Schuld aus eigenem Vermögen, indem er sich selbst für den Schuldner hält. Ebenso l. 14 § 11 l. 32 pr. D. de relig. 11. 7, l. 50 § 1 D. de H. P. 5. 3 (§ 431 Note 18). g) Jemand macht eine Auslage zum Besten eines Andern auf Grund eines von einem Dritten ertheilten Auftrages, welcher Auftrag sich dann als für den Dritten unverbindlich ausweist, l. 14 § 15 D. de relig. 11. 7 (§ 431 Note 5. 6). h) Auch l. 29 [30] D. de neg. gest. 3. 5: ein Solidarschuldner zahlt eine Schuld, welche materiell nicht ihn, sondern den Mitschuldner angeht — läßt sich insofern hierherstellen, als auch in diesem Falle der Wille des Aufopfernden wenigstens zunächst nicht auf die Bereicherung des Mitschuldners, sondern auf seine Befreiung gerichtet ist (vgl. § 431 Note 12). Ob dagegen i) auch l. 24 § 1 D. de A. E. V. 19. 1 hierher zu ziehen ist, bleibt nach l. 31 § 1 D. de R. C. 12. 1 und l. 22 § 9 D. mand. 17. 1 zweifelhaft. [Vgl. noch l. 22 § 10 D. mand. 17. 1 (actio in factum).] — Faßt man die hier aufgezählten Stellen zusammen, so wird man nicht in Abrede stellen dürfen, daß in denselben der Ausdruck eines weitreichenden Principes enthalten ist, welches nicht anders formulirt werden kann, als im Texte geschehen ist. Doch ist dieß nicht allgemein anerkannt, vgl. darüber Note 8. — [Seuff. Arch. XLII. 121: ein Urtheil aus einem hypothekarischen Anspruch gegen den Eigenthümer des belasteten Grundstücks wird fälschlich in anderes Vermögen desselben vollstreckt (durch Forderungsüberweisung).]

[5] In diesem Fall ist die Bereicherung nicht bloß sine causa oder non ex iusta causa, sondern geradezu ex iniusta causa. L. 6 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5, l. 25 D. de act. rer. amot. 25. 2. Dig. 12. 5 de condictione ob turpem vel iniustam causam. Cod. 4. 9 de condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa. Von besonderer Wichtigkeit ist hier das Delict des furtum (Bereicherung ex furtiva causa). Dig. 13. 1 Cod. 4. 8 de condictione furtiva; § 26. 34. 35 I. de R. D. 2. 1, l. 4 § 1 D. de R. C. 12. 1, l. 22 § 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 68 [67] § 5 D. de furt. 47. 2, l. 25 § 1 eod. S. ferner l. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 § 1 D. de furt. 47. 2; l. 55 D. de cond. ind. 12. 6.

Delict liege, damit die Bereicherung eine ungerechtfertigte sei[5a]. Es ist ferner nicht nothwendig, daß die bezeichneten Handlungen von dem Bereicherten selbst vorgenommen worden seien[6]; nur ist, wenn eine Verwendung auf eine fremde Sache von Jemandem vorgenommen wird, welcher sich selbst für den Eigenthümer hält, der Anspruch desselben auf Erstattung der Bereicherung nicht durch Klage, sondern nur durch Retentionseinrede geschützt[7]. Nicht beizutreten ist der Behauptung, daß die von dem redlichen Besitzer einer Sache durch Gebrauch, Verbrauch, Hingabe derselben erzielte Bereicherung nur in dem Fall herausgegeben zu werden brauche, wo der Besitzer den Besitz ohne Titel erlangt habe[8]. Ebenso ist abzulehnen die Behauptung[9], daß

[5a] S. Note 3 und 4.

[6] Jemand kann aus fremdem Vermögen auch dadurch bereichert werden, daß der Eigenthümer selbst etwas zu seinem Besten verwendet, oder ein Dritter. Nur wird, wenn die Verwendung durch den Eigenthümer selbst erfolgt, regelmäßig auch dessen Wille auf die Bereicherung des Anderen gerichtet gewesen sein, so daß der Fall nicht hierher gehört. Der Hauptfall, in welchem diese Willensrichtung nicht vorhanden ist, ist der, wo der verwendende Eigenthümer nicht zum Besten eines Andern, sondern zu seinem eigenen Besten zu handeln glaubt (s. die Stellen in Note 4 bei f); freilich ist es sehr bestritten, in welchem Umfange gerade in diesem Falle ein Rückforderungsrecht begründet ist, s. § 341 Note 18. S. ferner Note 4 bei d) d') g) h). Bereicherung durch die Verwendung eines Dritten: daselbst bei e), auch l. 74 § 1 D. de evict. 21. 2 (daselbst bei d) a. E.). Vgl. Pfersche S. 84 fg.

[7] L. 33 D. de cond. ind. 12. 6, l. 14 D. de doli exc. 44. 4; l. 14 § 1 l. 29 pr. D. comm. div. 10. 3 (vgl. I § 190. 195). Man bemerke übrigens, daß sich aus Verwendungen auf fremde Sachen nicht nothwendigerweise eine Bereicherung des Eigenthümers ergibt (§ 421 Note 4), und insoweit der bezeichnete Satz keine Abweichung von der Regel enthält. Aber in l. 33 cit. ist auch von insulam fulcire die Rede, und dadurch wird dem Eigenthümer eine wirkliche Bereicherung zugeführt, weil ihm dadurch eine Ausgabe erspart wird. In den beiden zuletzt genannten Stellen sodann ist von impendere ohne weitere Unterscheidung die Rede, und wenn auch diese Stellen unmittelbar nur die actio communi dividundo ausschließen, so fügt doch jedenfalls die erste ausdrücklich hinzu: „Hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo". In Betreff der l. 14 § 1 cit. vgl. noch § 449 Note 10. Vgl. Kämmerer Zeitschr. für Civ. u. Pr. VIII. S. 148 fg., Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 353—354, E. Zimmermann Aechte und unächte negotiorum gestio S. 83, Pernice Labeo II S. 122 fg., Brinz II S. 647. Zimmermann glaubt, der aufgestellte Satz sei vom römischen Recht später aufgegeben worden. Er stützt diese Behauptung auf l. 23 § 5 i. f. D. de R. V. 6. 1, in einer außerordentlich gewagten Beweisführung. Wie Zimmermann auch Pfersche S. 85. [Vgl. auch Kohler Jahrb. f. Dogm. XXV S. 97.]

[8] Gegen diese Behauptung ist gerichtet das in Note 2 genannte Programm, gegen die Ausführungen dieses Programms die Abhandlung von Ihering in seinen Jahrbüchern XVI S. 230—318. Ihering hat die hier von ihm vertheidigte Ansicht schon früher ausgesprochen: Abhandlungen aus dem römischen Recht S. 78 fg. Jahrb. für Dogm. XII S. 426. Ferner haben sich für die

der Besitzer abziehen dürfe, was er seinerseits für die Sache aufgeopfert hat[10].

---

im Text bestrittene Behauptung erklärt: Wächter Erörterungen II S. 98 fg., H. Witte Bereicherungsklagen S. 295 fg. 310 fg. 325 fg., Goldschmidt Zeitschr. für Handelsr. VIII S. 236, Hartmann krit. VJSchr. XI S. 522, Zimmermann Aechte und unächte negotiorum gestio S. 43 fg., Brinz 2. Aufl. § 302 Note 8, Pfersche S. 69 fg. Diese Schriftsteller gehen theilweise noch weiter, als Jhering, indem sie den Bereicherungsanspruch auch gegen den Besitzer mit bloß putativem Titel ausschließen. Eisele Arch. für civ. Pr. LXVI S. 1 fg. gewährt den Bereicherungsanspruch gegen denjenigen Besitzer nicht, der im Fall der Eviction einen Regreßanspruch gegen seinen Rechtsurheber gehabt haben würde. Gegen die bestrittene Behauptung haben sich ferner ausgesprochen: Windscheid krit. VJSchr. I S. 116—118, Göppert über die organischen Erzeugnisse S. 356 fg., Köppen Fruchterwerb des b. f. possessor S. 95 Note 212, die (Straßburger) Inauguralabhandlung von C. Hellwig, über die Haftung des veräußernden gutgläubigen Besitzers einer fremden Sache (Cassel 1878), Dernburg I § 225 Note 25. Krüger Arch. für civ. Pr. LXIII S. 397 fg. unterscheidet, ob die verkaufte fremde Sache dem Eigenthümer durch Untergang entzogen werde, oder durch Ersitzung; in jenem Fall habe er einen Anspruch gegen jeden Besitzer, in diesem Fall einen Anspruch nicht gegen denjenigen, der seinerseits Usucapionsbesitzer war. — Die von Jhering in der genannten Abhandlung vorgebrachten Gründe sind hauptsächlich folgende. 1) Vor Allem beruft sich Jhering darauf, daß, wenn der titulirte redliche Besitzer das aus der Sache Gewonnene herausgeben müßte, er Schaden erleiden würde, da er sich wegen der von ihm für die Sache gemachten Aufopferungen durch Regreß gegen seinen Autor nicht erholen könne. Aber abgesehen davon, daß, wenn diese Behauptung richtig wäre, daraus nur folgen würde, daß der redliche Besitzer bei onerosem Erwerb, nicht aber daß er auch bei lucrativem Erwerb von der Verpflichtung zur Herausgabe des Gewonnenen frei sein müsse, hat Jhering für die genannte Behauptung keinen anderen Beweis beigebracht, als den Hinweis darauf, daß die stipulatio duplae den Fall der Eviction des Kaufpreises nicht berücksichtigt habe, und die Behauptung, daß die actio emti nicht über den Fall des außerprocessualischen Verlustes der Sache hinausgegangen sei. Jener Hinweis aber verliert seine Kraft durch die Erwägung, daß die stipulatio duplae nur ein erster Versuch des römischen Rechts war, die Garantiepflicht des Verkäufers zu bestimmen (s. namentlich Bechmann Kauf I S. 361 fg. 665 fg.), und die Behauptung, daß die actio emti in der erwähnten Weise beschränkt geblieben sei, ist — eben eine Behauptung, für welche Jhering den von mir oben § 389 Note 8c und 8d citirten Stellen gegenüber, ferner gegenüber l. 8 D. de evict. 21. 2 (vgl. l. 42 43 eod.), auf den Beweis nicht hätte verzichten dürfen. S. auch Eisele S. 13. 2) Jhering beruft sich ferner auf l. 21 D. de H. v. A. V. 18. 4, und glaubt, daß durch diese Stelle die Frage erledigt sei. Ich habe auf diese Stelle keine Rücksicht genommen, weil ich es als selbstverständlich angesehen habe, daß von dem Gläubiger nicht auf den Eigenthümer geschlossen werden dürfe. Daraus, daß der Gläubiger nicht Herausgabe des aus der ihm verschuldeten fremden Sache gezogenen Gewinns fordern kann, folgt nicht, daß der Eigenthümer kein Recht auf Herausgabe des Gewinns hat, welcher aus der in seinem Eigenthum stehenden Sache gezogen worden ist. Andererseits aber auch: wenn der Eigenthümer, welcher seine Sache verloren hat, Herausgabe des aus seiner Sache gezogenen Gewinns fordern kann, so muß der Gläubiger, welcher seine Obligation verloren hat, Herausgabe des aus seiner Obligation gezogenen Gewinns fordern

§ 423.

Die auf dem Willen des Benachtheiligten beruhende Bereicherung (§ 422 Ziff. 1) ist ungerechtfertigt:

---

können — und das kann er wirklich (es gebührt ihm, was die Thatsache, welche ihn seiner Obligation beraubt hat, dem Schuldner gegeben hat). Anders Krüger S. 381, der die Entscheidung der Stelle für unrichtig hält. Vgl. Eisele S. 4 fg. 3) Freilich sieht Ihering den Grund der Entscheidung der l. 21 cit. darin (oder vielmehr auch darin), daß das lucrum ex negotiatione perceptum gar keine Bereicherung für den Käufer enthalte, da in demselben auch der Entgelt für seine Verkaufsbemühungen und seinen Verkaufsaufwand stecke. Aber doch auch, und an erster Stelle, der Entgelt für die Sache: woher käme sonst der Anspruch gegen den untitulirten Besitzer? 4) Ihering macht geltend, daß, wenn der von dem redlichen Besitzer erzielte Kaufpreis eine Bereicherung für ihn enthalte, so doch jedenfalls keine Bereicherung aus dem Vermögen des Eigenthümers, da nicht der Verkauf, sondern erst ein späteres Ereigniß demselben seine Sache genommen habe. Aber dieses selbe Ereigniß befreit den Verkäufer von dem Anspruch auf Rückgabe des Kaufpreises. Hätte übrigens das römische Recht diesen Einwand als durchschlagend erachtet, so hätte es auch keine Klage gegen den untitulirten Besitzer geben dürfen. 5) Auch die von Ihering erhobenen praktischen Bedenken gelten in gleicher Weise, oder doch nahezu in gleicher Weise, auch für den Fall des untitulirten Besitzers. — Das Vorstehende ist aus der 5. Auflage im Wesentlichen unverändert herübergenommen worden. Von den Schriftstellern, welche seitdem als Gegner der hier vertheidigten Ansicht aufgetreten sind, stellt Brinz ab auf die Kraft des verus titulus, der eine iusta causa possessionis gewähre. Ich weiß nicht, ob nicht in seiner Ausführung mehr Behauptung liegt, als Beweis. Pfersche gelangt zu dem gleichen Resultat, wie Ihering, indem er den Bereicherungsanspruch in ganz willkürlicher Weise nicht dem Eigenthümer gibt, sondern dem Vorbesitzer, der den Besitz zufälligerweise verloren hat. Eisele argumentirt: der Besitzer, welcher einen Regreßanspruch hat, verliert durch Untergang der Sache ebensoviel, als er durch denselben gewinnt; er wird frei von dem Regreßanspruch seines Käufers, verliert aber den Regreßanspruch gegen seinen Verkäufer. Dawider: er gewinnt durch den Untergang der Sache das Behalten des Kaufgeldes; vorher hatte er für den Fall der Nöthigung zur Herausgabe einen Anspruch gegen einen vielleicht insolventen Schuldner. Für die Ansicht von Krüger läßt sich sagen, daß der Eigenthümer durch Ersitzung seine Sache nach dem Recht verliere. Aber dann müßte er einen Anspruch auch nicht gegen den Nichtusucapionsbesitzer haben, und diesen Anspruch gewähren die Quellen ihm jedenfalls (l. 1 C. de rer. al. 4. 51, l. 1 C. de comm. rer. 4. 52).

[9] Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 348, Zimmermann S. 45, Krüger S. 388, Eisele S. 7. Uebereinstimmend mit dem im Text Gesagten Göppert organ. Erzeugnisse S. 357 Note 31. S. auch das in Note 8 citirte Programm. Seuff. Arch. XIV. 238, auch VII. 346.

[10] Man sagt: so weit der Besitzer aufgeopfert habe, sei er gar nicht bereichert; man dürfe nicht auf den einzelnen Act der Verwerthung sehen, sondern müsse das Gesammtverhältniß ins Auge fassen. Aber warum? Der Besitzer hat durch die Verwerthung seine Position verbessert, indem er für einen Regreßanspruch Haben eingetauscht hat. Die hier zurückgewiesene Ansicht führt, in der Unterstellung daß der gemachte Aufwand dem aus der Sache Gewonnenen entspricht, zu dem Resultat, daß der Besitzer nur haftet, wenn er aus lucrativem Titel erworben hat. So Savigny V S. 523, Sintenis § 109 Note 118 und im Resultat auch Eisele.

1. wenn das Recht diesem Willen seine Anerkennung versagt[1]. Dabei ist jedoch zu bemerken, daß, wenn das Recht in der Nichtanerkennung des Bereicherungswillens so weit geht, daß es die angegebene Willenserklärung für nichtig erklärt[1a], durch dieselbe eine Bereicherung nur insofern hervorgebracht werden kann, als eine solche schon in der bloßen Bewirkung einer Thatsache liegt[1b], oder der Empfänger das Empfangene hinterher in seinem Nutzen verwendet. Im Uebrigen kommt es auf den Grund, aus welchem das Recht der Willenserklärung seine Anerkennung versagt, nicht an, und namentlich darauf nicht, ob das Recht sich dabei durch das Interesse des Benachtheiligten bestimmen läßt[2], oder durch ein Interesse der öffentlichen Ordnung[3]. Unter die letztere Kategorie gehört namentlich der Fall, wo in dem Nehmen des Hingegebenen ein Delict liegt[4], oder ein Verstoß gegen die Sittlichkeit[5].

§ 423. [1] Voigt § 66. 68. 69. Auch in diesem Falle (vgl. § 422 Note 5) kann man sagen, daß die Bereicherung ex iniusta causa sei. Vgl. l. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1: „quia, quod ex non concessa causa retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta causa retineri intellegitur“.

[1a] Vgl. F. Hofmann die Lehre vom titulus und modus acquirendi ꝛc. (1873) S. 109—134.

[1b] Z. B. in der Verschaffung des Besitzes. Vgl. l. 46 l. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Seuff. Arch. III. 177, XVIII. 113. Vgl. I § 82 Note 6 a. E.

[2] Handlungsunfähigkeit: l. 29 l. 41 D. de cond. ind. 12. 6, l. 12 D. de R. C. 12. 1, l. 24 pr. D. de O. et A. 44. 7. S. auch § 441 Note 8. Seuff. Arch. III. 177 zweiter Fall. Unverbindliche Schenkung: l. 5 § 6. 7. 18 l. 6 l. 29 § 1 l. 30 l. 46 l. 55 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. un. § 5 C. de rei ux. act. 5. 13; l. 21 § 1 D. de don. 39. 5, l. 5 § 5 D. de doli exc. 44. 4.

[3] Verbotene Zinsen: l. 26 pr. § 1 D. de cond. ind. 12. 6, Paul. sentent. II. 14 § 2. Seuff. Arch. IX. 297. Spielverlust: l. 4 § 1. 2 D. de aleat. 11. 5, cf. l. 1. 2 C. eod. 3. 43. Uebermäßiges Advocatenhonorar: l. 1 § 10 D. de extraord. cogn. 50. 13. — Schröder zur Lehre von den gesetzlichen Veräußerungsverboten (1875) s. namentlich S. 37 fg. 156 fg. ist der Ansicht, daß ein gesetzliches Veräußerungsverbot immer auch die Leistung des Erwerbers ergreife, und daher ein Rückforderungsrecht für denselben selbst dann begründe, wenn er in Kenntniß der Sachlage geleistet habe. Ich halte das für zu weit gehend. Quellenentscheidungen für besondere Fälle in l. 52 D. de contr. emt. 18. 1, l. 3 § 4 C. comm. de leg. 6. 43 (vgl. § 391 Note 39), l. 1 C. non licere habit. 11. 56 [55]. L. 10 C. de praed. min. 5. 71 will etwas Besonderes sagen nicht über die Voraussetzungen, sondern über den Umfang des Rückforderungsrechts.

[4] Namentlich furtum. L. 18 D. de cond. furt. 13. 1, l. 38 § 1 D. de solut. 46. 3 (vgl. l. 18 eod., I § 172 Note 16), l. 43 pr. l. 81 [80] § 5. 6. 7 D. de furt. 47. 2, l. 14 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. S. ferner l. 7 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5 (vgl. l. 2 C. de his quae vi 2. 19 [20]). Seuff. Arch. XXIV. 38.

[5] Die Bereicherung ist dann ex turpi causa. Dig. 12. 5 de condictione ob turpem vel iniustam causam, Cod. 4. 7 de condictione ob turpem causam. L. 1 § 2 l. 2 pr. § 1 l. 4 § 2. 4 l. 9 D. h. t., l. 4. 6. 7 C. h. t., l. 3 § 3 l. 5 § 1 l. 7 pr. D. de calumn. 3. 6. Voigt S. 567—570 und § 73, Vangerow

2. An den zuvor betrachteten Fall schließt sich der Fall an, wo das Recht dem Urheber der Willenserklärung die Befugniß gibt, von der Willenserklärung zurückzutreten, und dieser von der ihm gewährten Befugniß Gebrauch macht[6].

3. Endlich ist die auf dem Willen des Benachtheiligten beruhende Bereicherung auch dann eine ungerechtfertigte, wenn der Wille sich selbst eine Schranke gesetzt hat, und diese in einem gegebenen Fall Platz greift, ohne die Bereicherung ohne Weiteres wieder aufzuheben. Im Einzelnen können hier in Betracht kommen auflösende Bedingung und Befristung[7], vor Allem[7a] aber gehört hierher die Voraussetzung. In Beziehung auf Letztere ist hier aus dem, was über dieselbe I § 97—100 vorgetragen worden ist, an Folgendes zu erinnern[8].

a. Wer einen Willen unter einer Voraussetzung erklärt, macht zwar nicht die Existenz der gewollten rechtlichen Wirkung von der Wirklichkeit des Vorausgesetzten abhängig; aber dennoch ist es wahr, daß bei Nichtwirklichkeit des Vorausgesetzten das Bestehen der gewollten rechtlichen Wirkung seinem eigentlichen Willen nicht entspricht. Dieser Zwiespalt zwischen dem wirklichen und dem eigentlichen Willen wird eben dadurch ausgeglichen, daß dem Bereicherten die Verpflichtung auferlegt wird, dasjenige, was er hat und fortfährt zu haben, zurückzugeben.

---

§ 627. Vgl. § 428 Note 9. Besondere Auffassung bei Pfersche S. 179 fg., der freilich auch lehrt, daß in l. 2 § 2 h. t. die Rückforderung des Gegebenen „ausdrücklich gewährt" wird (!!).

[6] L. 30 D. de m. c. don. 39. 6, l. 10 C. de revoc. don. 8. 55 [56] (§ 367 Note 15), l. 8 C. eod. S. ferner § 428 Note 7 a. E. und Note 11.

[7] L. 5 § 1 D. de usufr. ear. rer. 7. 5. Vgl. I § 90 Note 1. § 96 Note 6.

[[7a] Fehlen aller Zweckbestimmung? Vgl. Bekker II § 100 Note 4, § 101 Note l. m. n.]

[8] Die Voraussetzung hat, wie bereits oben (I § 97 Note 2) bemerkt worden ist, in der römischen Rechtssprache keine feste technische Bezeichnung; aber eine von den mehreren Bezeichnungen, welche sich für dieselbe in den Quellen finden, ist causa (Windscheid die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung S. 50—52). Die Voraussetzung wird causa in einem doppelten Sinne genannt, und zwar spielen beide Sinne vielfach in einander über: einmal weil in ihr der Bestimmungsgrund der Willenserklärung liegt, nur nicht ein bloßer Beweggrund (welcher ebenfalls als causa bezeichnet wird, Windscheid S. 48—50), sondern eben ein zur Willensbeschränkung erhobener Bestimmungsgrund: sodann deßwegen, weil das Vorausgesetzte nicht ermangeln darf, ohne daß die durch die Willenserklärung hervorgerufene Bereicherung, und insofern die Willenserklärung selbst, eine ungefertigte ist, so daß umgekehrt in der Existenz des Vorausgesetzten der Rechtfertigungsgrund der durch die Willenserklärung hervorgerufenen Bereicherung und der Willenserklärung selbst liegt. Vgl. die bei Windscheid a. a. O. S. 50—55 citirten Stellen. Lotmar über causa im römischen Recht S. 89 fg.

b. Die Voraussetzung kann zum Inhalt ein Vergangenes, Gegenwärtiges[9] oder Zukünftiges haben. Unter den Fällen, in welchen sie auf ein Gegenwärtiges geht, ist von besonderer Wichtigkeit der Fall, wo sie zum Inhalt das Bestehen einer Schuld hat[10]. Von diesem Fall ist unten näher zu handeln (§ 426). Ebenso ist näher zu handeln von dem Fall, wo die Voraussetzung auf ein Zukünftiges gerichtet ist (§ 427)[11].

c. Die Voraussetzung kann nicht nur dadurch ermangeln, daß das Vorausgesetzte nicht wirklich ist oder wird, sondern auch dadurch, daß es aufhört, wirklich zu sein[12].[13]

---

[9] Ist sie auf ein Vergangenes oder Gegenwärtiges gerichtet, so muß sich der Urheber der Willenserklärung nothwendigerweise in einem Irrthum befunden haben; er kann nicht sagen, daß er unter der Voraussetzung der Existenz Desjenigen seinen Willen erklärt habe, dessen Nichtexistenz er kannte. Daher ist seine Leistung hier eine Leistung ex falsa causa. L. 13 § 1 D. de H. P. 5. 3, l. 23 pr. § 4 l. 52 D. de cond. ind. 12. 6, l. 26 § 10 eod.

[10] In diesem Falle ist begründet die condictio indebiti oder indebite dati. Dig. 12. 6 Cod. 4. 5 de condictione indebiti. S. noch § 414, und die Fälle bei Schlayer Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 108—115 (a. M. Dernburg Pfandr. II S. 368—369. 527—529).

[11] In diesem Falle ist begründet die condictio ob causam datorum (Cod. 4. 6) oder causa data non secuta (Dig. 12. 4). Ueber den letzteren Ausdruck s. Windscheid S. 52, Erxleben II S. 4 Note 9, Pagenstecher Heid. krit. Zeitschr. II S. 60 fg., Witte S. 63 Note 14, Voigt S. 490, und die von diesen Schriftstellern Citirten, Baron Abhandl. aus dem röm. Civilpr. I S. 70 fg. Die futura causa wird in unseren Quellen auch als res bezeichnet. L. 52 l. 65 pr. § 2. 4 D. de cond. ind. 12. 6, l. 1 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5. In den beiden ersten Stellen wird der res die causa im Sinne von bloßem Beweggrund (Bestimmungsgrund, welcher nicht zur Voraussetzung erhoben ist) entgegengesetzt.

[12] In diesem Falle ist die Willenserklärung deßwegen sine causa, weil ihre causa finita ist. L. 1 § 2 D. de cond. sine causa 12. 7. „Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi, quae finita est vel secuta non est, dicendum est, condictioni locum fore". Beispiele in l. 2 D. eod., l. 4 § 1 D. de R. C. 12. 1, l. 11 § 6 D. de A. E. V. 19. 1, l. 50 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 11 D. de app. 49. 1, l. ult. C. de solut. 8. 42 [43], [l. 5 § 1 D. de usufr. ear. rer. 7. 5]. Seuff. Arch. XXXVIII. 4. Hierher gehört auch der Fall der Verurtheilung im Executivproceß, wenn der Verurtheilte eine Nachklage auf Grund illiquider Einreden erhebt. Seuff. Arch. X. 108, XIV. 187, XXIV. 36. 153, XXVIII. 33, XXIX. 33. Vgl. XVII. 52. Entscheid. des RG. II S. 408. Vorläufige Vollstreckbarkeit des Urtheils nach der Reichscivilproceßordnung: s. § 655 Abs. 2 das.

[13] Ueber den Grund, auf welchem die condictio ob falsam causam (Note 9. 10), ob causam non secutam (Note 11) und ob causam finitam (Note 12) beruhen, herrscht keine Uebereinstimmung der Meinungen (vgl. Windscheid S. 208 fg.). Früher war es sehr gewöhnlich, diese Condictionen auf einen fingirten oder präsumirten Vertrag zurückzuführen, s. darüber und dagegen Erxleben I S. 17 fg. II S. 19. 80. 81. Donellus fand den Grund derselben in einem stillschweigenden Vertrag (Erxleben I S. 14 fg. II S. 55 fg.), an dessen Stelle

2. Verpflichtung.

§ 424.

1. Die aus der ungerechtfertigten Bereicherung entstehende Verpflichtung geht einfach auf Herausgabe der Bereicherung; für die Freiheit des richterlichen Ermessens ist hier kein Bedürfniß und kein Spielraum[1]. Bereicherung ist aber nicht bloß die ursprüngliche Ver-

---

neuerdings Jacobi (in dem § 421 Note 1 bezeichneten Aufsatz S. 280 fg.) eine stillschweigende einseitige Willenserklärung des Empfängers gesetzt hat; s. gegen den Letzteren H. Witte an dem daselbst bezeichneten Ort S. 116 fg. Für die condictio ob causam non secutam verwerthet die Kategorie des Vertrags in umfassendem Maße auch Pfersche S. 156 fg. (§ 427 Note 1 a. E.). Savigny (Syst. III Beil. VIII Nr. XI Note d. V Beil. XIV Nr. VII) sieht als das in den genannten Condictionen Wirksame den Irrthum im Beweggrunde an, welcher in diesem Falle ausnahmsweise zur rechtlichen Anerkennung gelange. Vgl. dazu Zitelmann Irrthum S. 412 fg. Die hier vertretene Ansicht, daß diese Condictionen auf einer Selbstbeschränkung des Willens beruhen, wird auch von Erxleben und Witte getheilt, obgleich sich diese Schriftsteller gegen die Ausprägung, welche ich der bezeichneten Auffassung in der Lehre von der „Voraussetzung" gegeben habe, ablehnend verhalten. Auch Zimmermann Beiträge zur Theorie der condictio indebiti S. 2 fg. weist zwar die Kategorie der Voraussetzung zurück, erkennt aber mit mir (s. I S. 314) an, daß durch die genannten Condictionen der Widerspruch des wahren Willens gegen den wirklichen Willen geltend gemacht werde. Andere Ansichten, welche in der neueren Zeit aufgestellt worden sind, sind folgende. Karlowa das Rechtsgeschäft und seine Wirkungen (1877) S. 163 fg.: es handelt sich nicht um den Gegensatz zwischen dem eigentlichen und dem wirklichen, sondern um den Gegensatz zwischen dem Gesammt- und dem Theilwillen; der durch den Theilwillen hervorgerufene Zustand wird aequitatis ratione rückgängig gemacht, weil er dem Gesammtwillen nicht entspricht. Voigt a. a. O. (s. namentlich § 21. 23. 26. 27. 31. 59. 60. 62. 63. 64. 70): durch die bezeichneten Condictionen wird geltend gemacht der Mangel des „secundären Rechtsgrundes", welcher, hinter der Willenserklärung als dem „primären Rechtsgrunde" stehend, die Rechtfertigung für die durch den primären Rechtsgrund hervorgerufene Bereicherung enthält. (Vgl. hiergegen die Bemerkungen in der vierten Auflage.) Lotmar die causa im römischen Recht (1875) S. 85: die Abhängigkeit der Rechtswirkung der Willenserklärung von der Zweckerreichung ist positiven Rechtes, ein Grund aus der Natur der Sache läßt sich dafür nicht angeben. Aehnlich Abickes zur Lehre von den Bedingungen (1876). Vgl. auch Wendt Jahrb. f. Dogm. XXII S. 317 fg., Pfersche S. 99 fg. 167 fg. 174 fg.

[1] Der römische Ausdruck für dieses Verhältniß ist, daß die actio auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung eine actio stricti iudicii, d. h. eine condictio sei. Damit steht nicht in Widerspruch, daß sie auf die natürliche Billigkeit zurückgeführt wird (l. 65 § 4 l. 66 D. de cond. ind. 12. 6); sie ist eben nicht stricti iuris, sondern stricti iudicii. Vgl. I § 46 Note 4, und über die verschiedenen Ansichten in Betreff der Condictionen im Allgemeinen und deren Verhältniß zu den hier in Frage stehenden Condictionen im Besonderen Savigny V Beil. XIV, Voigt § 42, Keller Civilproc. § 87. 88, Rudorff röm. RGesch. II § 40, Bethmann-Hollweg röm. Civilproz. II S. 262—275, Baron Abhandl. aus dem röm. Civilproz. I S. 49 fg. — Ueber die Classificirung § 424.

mögensvermehrung, sondern auch das auf Grund derselben später Erworbene[2]. Hinterheriger Wegfall der Bereicherung schließt die Ver=

der hierher gehörigen Condictionen in der classischen Jurisprudenz und in der Justinianischen Compilation s. Voigt § 44. 45. In der classischen Jurisprudenz findet sich kein festes und zur allgemeinen Anerkennung gelangtes System; die systematische Anordnung in der Justinianischen Compilation ist nicht durchweg befriedigend. Am mangelhaftesten ist die Kategorie der condictio sine causa behandelt (Dig. 12. 7 de condictione sine causa, Cod. 4. 9 de condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa). Das Richtige in Betreff dieser Condiction ist Folgendes. Condictio sine causa ist die allgemeine Bezeichnung für jede Condiction wegen grundlosen Habens; aus dieser allgemeinen Condiction sondern sich einzelne besondere Fälle unter besonderen Namen ab (condictio indebiti, ob causam datorum etc.). Will man diesen besonders benannten Condictionen eine condictio sine causa als Species, eine condictio sine causa im engeren Sinne, entgegensetzen, so darf man unter dieser Bezeichnung nur diejenigen Fälle zusammenfassen, in denen für die Condiction eine andere feststehende Bezeichnung nicht vorhanden ist. Diese Fälle aber wieder erhalten ihr wahres Licht nur dann, wenn sie nicht als einzelne aufgezählt, sondern, wie hier geschehen, in ihrem systematischen Zusammenhang aufgewiesen werden. Ueber die verschiedenen Auffassungen, welche die condictio sine causa bei den Neueren gefunden hat, s. die Aufsätze von Reinhardt Arch. f. civ. Pr. XXIX S. 233 fg. und von Kiesselbach Jahrb. für Dogm. V S. 1 fg., ferner Voigt § 80, Vangerow III § 628 Anm., Unterholzner II § 317, Sintenis § 109 Anm. 29, Pfersche S. 1 fg. — Der Anspruch auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung konnte übrigens auch mit einer auf bona fides gestellten formula geltend gemacht werden: denn was ist mehr der bona fides entgegen, als eine ungerechtfertigte Bereicherung nicht herausgeben zu wollen? Vgl. z. B. l. 48 [49] D. de neg. gest. 3. 5 (§ 422 Note 4 b), und s. auch f) g) h) daselbst, § 430 Note 17 gegen das Ende); l. 9 § 1 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5, l. 5 D. de tutelae 27. 3; l. 2 D. de cond. s. c. 12. 7, l. 17 § 5 D. comm. 13. 6; l. 11 § 6 D. de A. E. V. 19. 1. Unter Umständen trat auch statt der condictio eine utilis rei vindicatio ein (l. 5 § 3 D. de R. V. 6. 1, l. 9 § 2 D. de A. R. D. 41. 1, l. 30 l. 55 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 30 D. de m. c. don. 39. 6, l. 15 C. de don. ante nupt. 5. 3, l. 1 C. de don. quae sub modo 8. 54 [55] (vgl. I § 174 Note 9), oder eine actio in factum (l. 23 § 5 D. de R. V. 6. 1, l. 18 § 1 D. de m. c. don. 39. 6, vgl. auch l. 10 D. de praescr. verb. 19. 5 [l. 9 § 4 D. ad exh. 10. 4]). S. auch l. 12 § 1 D. de distr. pign. 20. 5, l. 74 § 1 D. de evict. 21. 2 (§ 422 Note 4. c. d). Vgl. Krüger Arch. f. civ. Pr. LXIII S. 382.

[2] L. 7 § 1 l. 12 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 15 pr. § 1 l. 65 § 5 D. de cond. ind. 12. 6, l. 38 § 1. 2. 3 D. de usur. 22. 1, l. 13 pr. D. de m. c. don. 39. 6. Seuff. Arch. XIII. 256, XXXVIII. 232. Verzugszinsen: Seuff. Arch. I. 59, XXXIX. 113 (RG., Entsch. IX S. 174). Keine gesetzlichen Zinsen ohne Verzug: Seuff. Arch. II. 59, X. 55, XIII. 97, XXXVIII. 232. — Wenn es in der l. 1 C. de cond. ind. 4. 5 heißt, daß mit der condictio indebiti, in der l. 4 C. de cond. ob turp. caus. 4. 7, daß mit der condictio ob turpem causam keine Zinsen gefordert werden können, so erklärt sich das lediglich aus der Formelconception. Vgl. Savigny V S. 141 fg. VI S. 147. A. M. Göppert über die organischen Erzeugnisse S. 248 fg, welcher fragt, warum das quidquid paret ob eam rem dari oportere das Zuerkennen von Zinsen hätte unmöglich machen können? Es wurde eben in den von jenen

pflichtung aus, wenn der Wegfall ohne Schuld des Bereicherten, nicht aus, wenn der Wegfall mit seiner Schuld eingetreten ist[3]. Daß der

Stellen vorausgesetzten Fällen ebensowenig eine Formel mit quidquid ertheilt, wie in einem Darlehnsfall. A. M. auch Seuff. Arch. XV. 132, XXXVIII. 232.

[3] Ohne Schuld: l. 32 pr. l. 65 § 8 l. 26 § 12 D. de cond. ind. 12. 6. Mit Schuld: l. 65 § 8 l. 26 § 12 (*vv.* sine fraude) D. eod., l. 37 § 1 l. 39 l. 19 i. f. D. de m. c. don. 39. 6, l. 38 § 1 D. de usur. 22. 1. Seuff. Arch. XL. 113. — Damit man sagen könne, die Bereicherung sei mit Schuld des Bereicherten weggefallen, ist erforderlich: a) daß derselbe die Existenz seiner Verpflichtung gekannt oder (bei der condictio ob causam non secutam und ob causam finitam) gewußt habe, daß eine Verpflichtung für ihn künftig existent werden könne (l. 65 § 8 D. de cond. ind., l. 39 D. de m. c. don.); b) daß der Wegfall durch seinen Willen oder durch seine Nachlässigkeit eingetreten sei (über Letzteres s. l. 38 § 1 D. de usur. *vv.* licuerat ei neglegere fundum, a. M. Hartmann die Obligation S. 266, vgl. Pernice Labeo II S. 278). Aber auch wo diese Voraussetzungen vorhanden sind, trifft den Bereicherten c) eine Schuld dann nicht, wenn er nicht anzunehmen brauchte, daß der Benachtheiligte von seinem Forderungsrecht Gebrauch machen werde, wie dieß z. B. zutrifft bei dem beschenkten Ehegatten (l. 7 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1) und bei dem beschenkten Undankbaren (§ 367 Note 18). — Der Satz, daß schuldloser Wegfall der Bereicherung die Verpflichtung ausschließe, ist nicht allgemein anerkannt. Andere lassen durch diesen Wegfall die Verpflichtung nur dann ausgeschlossen werden, wenn er eine Unmöglichkeit der Erfüllung der Verpflichtung begründe, also nur in dem Falle, wo die Verpflichtung auf Leistung einer individuell bestimmten Sache, nicht aber, wo sie auf Leistung einer Quantität vertretbarer Sachen gehe. So namentlich Erxleben I S. 182 fg., Witte S. 139 fg. (wo auch weitere Literatur angegeben ist), Voigt S. 319 fg., Mandry Arch. für civil. Pr. XLVIII S. 232 fg.; dawider Vangerow III § 625 Anm. 3, Arndts § 341 Anm. 9, Sintenis § 109 Anm. 101, Hartmann die Obligation S. 259 fg., vgl. Brinz 2. Aufl. II S. 516 Note 44. Das Hauptargument gegen die bezeichnete Ansicht liegt darin, daß unsere Quellen die Verpflichtung zur Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung auf eine Forderung der Billigkeit zurückführen (Note 1); ist es aber billig, daß die ungerechtfertigte Bereicherung eine Verpflichtung zur Herausgabe erzeuge, so ist es auch billig, daß diese Verpflichtung nur so lange dauere, wie die Bereicherung selbst. S. auch l. 8 § 22 D. de transact. 2. 15. Die praktische Bedeutung der hier zurückgewiesenen Ansicht beruht übrigens zum guten Theil auf dem von der herrschenden Meinung aufgestellten Satz, daß in allen Fällen, in welchen die Bereicherung ihren Grund in dem Eigenthumserwerb an einer Quantität vertretbarer Sachen habe, die Verpflichtung des Erwerbers auf Leistung einer gleichen Quantität, nicht auf Leistung der erlangten Sachindividuen gerichtet sei. Er wird aber diese Ansicht, welche hauptsächlich auf l. 25 i. f. D. de praescr. verb. 19. 5, l. 7 l. 19 § 2 D. de cond. ind. 12. 6 gestützt wird, was den Fall einer Getreideleistung angeht, direct widerlegt durch l. 65 § 6 D. de cond. ind. 12. 6 und auch was Geldleistungen angeht, mit guten Gründen angefochten von Mandry a. a. O. S. 220 fg. Die Literatur der Frage bei dems. Note 1, s. jetzt auch Brinz a. a. O. S. 516. 517, Pfersche S. 139 fg., [Dernburg II § 141 Note 27, Wendt S. 681, Karlowa Grünhut's Zeitschr. XVI S. 426 fg.]. Seuff. Arch. IV. 124. — Nach denselben Grundsätzen, wie für weggefallene Bereicherung, haftet der Schuldner auch für nicht gezogenen Gewinn. L. 38 § 1 D. de usur. 22. 1. Vgl. Seuff. Arch. I. 59, II. 59, XIII. 97, XXIX. 32.

Bereicherung auf Seiten des Benachtheiligten ein Verlust gegenübersteht, welcher größer ist, als sie selbst, ist kein Grund der Steigerung der Verpflichtung[4].

2. [5]Verpflichtet ist der Bereicherte; nicht, wenn ihm in der Person eines Andern geleistet worden ist, dieser Andere[6]: es müßte denn dieser Andere in der ihm gemachten Leistung seinerseits von dem Bereicherten eine Schenkung oder eine ungerechtfertigte Bereicherung empfangen haben[7]. Forderungsberechtigt ist der Benachtheiligte; nicht, wenn er durch einen Andern geleistet hat, dieser Andere[8]: es müßte denn auch diejenige Bereicherung eine ungerechtfertigte sein, welche dem Benachtheiligten seinerseits durch die von diesem Andern für ihn gemachte Leistung zugegangen ist[9].

§ 425*.

In einer durchaus eigenthümlichen Weise hat das römische Recht die Verpflichtung auf Herausgabe einer durch bewußt widerrechtliche Aneignung[1] entstandenen Bereicherung behandelt. Diese Verpflichtung

[4] L. 26 § 12 l. 65 § 7 D. de cond. ind. 12. 6.

[5] Vgl. zum Folgenden: Windscheid S. 93—96 (dazu aber auch § 355 Note 9), Erxleben I S. 152—182. II S. 507—511, Witte S. 75—84, Voigt S. 358—383. Auch oben § 355 zu Note 7—13.

[6] Arg. l. 12. 13. 19 D. de novat. 46. 2, l. 9 § 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 8 § 2 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 78 § 5 D. de I. D. 23. 3, l. 41 pr. D. de re iud. 42. 1, l. 5 § 5 D. de exc. doli 44. 4, l. 2 C. de cond. ind. 4. 5; l. 26 § 12 i. f. D. de cond. ind. 12. 6; l. 6 § 1. 2 eod., l. 16 pr. l. 22 pr. D. ratam rem 46. 8, l. 34 pr. l. 59 D. de solut. 46. 3.

[7] Arg. l. 2 § 2. 3 D. de don. 39. 5, l. 7 pr. D. de doli exc. 44. 4; l. 7 § 1 i. f. D. eod. und arg. l. 2 § 4 D. de don. 39. 5. — Der Gegensatz wird in den Quellen so ausgedrückt: suum recepit, suum petit, suum negotium gessit, l. 26 § 12 i. f. D. de cond. ind. 12. 6, l. 12 D. de novat. 46. 2, l. 5 § 5 D. de doli exc. 44. 4, l. 9 § 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. Hierher gehört auch l. 44 D. de cond. ind. 12. 6. Repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit, tametsi ab alio quam vero debitore solutum est". Entsch. d. OAG. zu Rostock IX S. 98 fg. 112 fg.

[8] L. 9 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 6 § 3 l. 47 l. 57 D. de cond. ind. 12. 6, l. 6 C. eod. 4. 5, l. 8 § 3 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 21 § 1 D. de don. 39. 5, l. 18 § 1 l. 31 § 3 D. de m. c. don. 39. 6. L. 7 pr. D. de don. c. d. c. n. s. 12. 4 handelt nicht von einem Falle, wo durch die Person eines Andern geleistet worden ist; der dotis promissor verspricht in eigenem Namen. Vgl. auch Erxleben I S. 174; ferner § 313 Note 6.

[9] L. 7 § 1 D. de doli exc. 44. 4 und l. 2 § 4 D. de don. 39. 5. Nicht so, wenn dieser Andere ihm geschenkt hat, l. 9 pr. D. de cond. c. d.c. n. s. 12. 4.

* Vgl. Brinz II § 301.

§ 425. [1] Furtum, wenn die Sache eine bewegliche ist; die condictio heißt in diesem Falle, condictio ex causa furtiva oder condictio furtiva (§ 422 Note 5). Die gleichen Grundsätze gelten aber auch für die widerrechtliche Aneignung unbeweglicher Sachen, l. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 § 1 D. de furt. 47. 2.

geht nämlich auf Mehr, als auf Herausgabe der Bereicherung; sie geht auf vollen Schadensersatz, was sich namentlich in dem Falle von Wirksamkeit erweist, wo der Besitz der widerrechtlich angeeigneten Sache später wieder verloren worden ist[2]. Mit anderen Worten: der aus widerrechtlicher Aneignung entstehende Schadensersatzanspruch wird als Etwas qualificirt, was er nicht ist[3], und daraus werden denn auch Folgerungen gezogen, namentlich die, daß der Anspruch unbedingt auf die Erben übgergeht[4].

---

[2] Der Aneigner haftet in diesem Falle nicht, wie er eigentlich sollte, da er nur um den Besitz reicher geworden ist, auf Ersatz des Werthes des Besitzes, sondern auf Ersatz des Werthes der Sache, l. 7 § 2 l. 8 pr. § 1 D. h. t. 13. 1. S. ferner l. 3 eod. „Si condicatur servus ex causa furtiva, id venire in condictionem certum est, quod intersit agentis, veluti si heres sit institutus, et periculum subeat dominus hereditatis perdendae . .“. Die Römer sagen: die condictio furtiva sei condictio rei, nicht possessionis; welcher Satz für sie Bedeutung auch abgesehen von den hier hervorgehobenen Folgen wegen der Geldcondemnation hatte. — Darauf, in welcher Weise der Aneigner den Besitz verloren hat, kommt nichts an, weil er ohne Weiteres in Verzug ist (§ 278 Note 8. 9). — Seuff. Arch. XXXVII. 318.

[3] Was die Römer sich auch nicht verbargen. Gai. IV. 4 (§ 14 I. de act. 4. 6): — „certum est, non posse nos rem nostram ab alio ita petere 'si paret eam dare oportere' . .; plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut . . rei recipiendae nomine fures ex hac actione etiam teneantur 'si paret eos dare oportere' . .“. Vgl. Bekker Aktionen I S. 105, Pernice Labeo I S. 312, Brinz II S. 511 Note 25.

[4] L. 5 l. 7 § 2 l. 9 D. h. t. 13. 1. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß man gerade diesen Gesichtspunkt im Auge hatte, als man gegen den fur eine condictio einführte. Andere Folgerungen: a) es haftet nicht der Sclave nach seiner Freilassung, l. 15 D. h. t. 13. 1 (vgl. l. 1 § 18 D. dep. 16. 3); b) nach l. 6 D. h. t. 13. 1 haftet nicht der Gehülfe. Dagegen sagt in Betreff dieses letzteren Punktes das Gegentheil l. 53 § 2 D. de V. S. 50. 16 (vgl. § 453 Note 5), und ferner tritt die Delictsnatur des Anspruches hervor in den Sätzen: a) daß von mehreren fures jeder auf das Ganze haftet, l. 1 C. h. t. 4. 8; b) daß aus dem furtum des Sclaven und des Sohnes eine actio noxalis gegen den Herrn und Vater geht, l. 4 D. h. t. 13. 1. — Es herrscht ein alter Streit darüber, ob die condictio furtiva Delicts- oder Bereicherungsklage sei, vgl. 359 Note 14. Nach der hier gegebenen Darstellung ist sie das Eine und das Andere, ihrer wesentlichen Natur nach aber Delictsklage. — Unter den Sätzen, welche sich mit der Delictsnatur der Klage nicht vertragen, darf nicht auch der angeführt werden, daß Herr und Vater aus dem furtum des Sclaven und Sohnes de peculio haften; denn sie haften de peculio nur auf die wirkliche Bereicherung (l. 3 § 12 D. de pec. 15. 1, l. 30 pr. D. de A. E. V. 19. 1), und die Haftung auf die wirkliche Bereicherung sollte gewiß nicht ausgeschlossen werden, als der Satz aufgestellt wurde: „ex poenalibus actionibus non solet in patrem de peculio actio dari“ (l. 58 D. de R. I. 50. 17). Vgl. übrigens Mandry das gemeine Familiengüterrecht II S. 234 fg., Brinz II S. 527 Note 31. Auch Baron Abhandl. aus dem röm. Civilprozeß I S. 30 fg. 73 fg. Dieser Schriftsteller schreibt der cond. furtiva eine Doppelnatur zu, leugnet aber, daß sie Bereiche-

3. Besondere Fälle.

a. Bereicherung aus einer Leistung, welche zum Zweck der Erfüllung einer irrthümlicherweise vorausgesetzten Verbindlichkeit gemacht worden ist*.

§ 426.

Ein rechtlich besonders ausgebildeter Fall ist der einer wegen ermangelnder Voraussetzung ungerechtfertigten Bereicherung.

1. Es muß zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet worden sein. Ob gerade dasjenige geleistet worden ist, was man schuldig zu sein glaubte, oder etwas Anderes an Erfüllungsstatt, ist gleichgültig[1]. Ebenso ist gleichgültig, ob zum Zweck der Erfüllung einer obligatorischen, oder irgend einer anderen Verbindlichkeit geleistet worden ist[2].

2. Die Verbindlichkeit muß nicht bestanden haben[3]. Es ist gleichgültig, ob sie an und für sich nicht bestanden hat[4], oder ob sie durch Einrede unwirksam war[5]. Dagegen ist das Rückforderungsrecht aus=

---

rungsklage sei, sondern behauptet, daß sie „zunächst den Grundsätzen der rei vindicatio unterliegt". [Dernburg II § 139, Wendt § 292.]

* Dig. 12. 6 Cod. 4. 5 de condictione indebiti. — Erxleben (§ 421) 1. Abtheilung. Voigt (§ 421) § 74. 75. Pfersche S. 99—148. Ferner handelt über die condictio indebiti ein Aufsatz von Renaud Arch. f. civ. Pr. XXIX S. 147 fg. 428 fg. (1846), in welchem eine Auffassung, die sich bereits bei Christiansen zur Lehre von der naturalis obligatio und der condictio indebiti (1884) S. 61 fg. findet, daß nämlich die condictio indebiti auf einem Irrthum im Willensinhalt, auf einem von Savigny s. g. unächten Irrthum beruhe, dahin ausgebildet wird, daß das irrthümlicherweise Geleistete gar nicht in das Eigenthum des Empfängers übergehe (!). S. dawider Erxleben S. 39 fg., Unterholzner II S. 29 fg., Sintenis II S. 526 fg., Vangerow III § 625, Brinz II § 304.

§ 426. [1] L. 26 § 4—6 D. h. t. Römer Leistung an Erfüllungsstatt S. 134 fg.

[2] Z. B. einer erbrechtlichen, l. 36 D. fam. erc. 10. 2, l. 4 C. de iur. et facti ign. 1. 18; einer dinglichen, s. l. 7 pr. D. usufr. quemadm. 7. 9, l. 3 § 10 D. si cui plus 35. 3 (vgl. Arndts § 341 Anm. 2 a. E. und § 421 Note 11). Vgl. auch Seuff. Arch. XVIII. 224 (wo richtig von einer „irrig vorausgesetzten Erbenqualität" die Rede ist, aber die Entscheidung unrichtig auf die Annahme eines wesentlichen Irrthums über Eigenschaften des Mitcontrahenten gegründet wird). A. M. Brinz II S. 542 Note 6.

[3] L. 54 D. h. t.

[4] L. 23 init. D. h. t., l. 5 § 1 D. de A. E. V. 19. 1; l. 57 pr. D. de contr. emt. 18. 1, l. 7 D. de H. v. A. V. 18. 4; l. 37 D. h. t., l. 16 pr. D. de contr. emt. 18. 1; l. 2 § 1 D. h. t.; l. 25 D. h. t. (vgl. l. 19 § 4 l. 20. 21 eod.).

[5] L. 26 § 3. 7 l. 30 l. 32 § 1 l. 43 D. h. t. Vgl. § 321 Note 10 a lit. a. — Kein Rückforderungsrecht, wenn der Schuldner geleistet hat, ohne von dem benef. competentiae Gebrauch zu machen (§ 268 Note 7. 11). Ebenso wenig, wenn der Bürge geleistet hat, ohne von dem benef. divisionis oder excussionis Gebrauch zu machen (§ 479 Note 2 a. E., § 478 Note 1).

geschlossen, wenn die Verbindlichkeit auch nur als natürliche bestanden hat[6]; wenigstens ist dieß nur ausnahmsweise nicht wahr[7]. Ausgeschlossen ist das Rückforderungsrecht ferner dann, wenn die künftige Existenz der Verbindlichkeit sicher ist[8]. — Dem Fall, wo die Verbindlichkeit gar nicht bestanden hat, steht der Fall gleich, wo sie nicht in der Weise bestanden hat, wie angenommen wurde, etwa für einen anderen Gläubiger[9], oder für einen anderen Schuldner[10], oder mit einem anderen Leistungsinhalt[11] — nur daß natürlich, wenn bloß Zuviel geleistet worden ist, auch nur das Zuviel zurückgefordert werden kann[12].

---

[6] L. 64 D. h. t. „Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale agnovit debitum. Ut enim libertas naturali iure continetur et dominatio ex gentium iure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intellegenda est".

[7] In den in § 289 Nr. 1. 2. 6 bezeichneten Fällen. Vgl. auch Pfersche S. 127 fg.

[8] Im Fall der befristeten Verbindlichkeit, l. 10 l. 17 l. 56 D. h. t. Vgl. I § 96 Note 3—5. [Seuff. Arch. XLV. 98.] Doch kann der Schuldner hier das Interusurium zurückfordern. Vgl. Erxleben S. 94—100. A. M. Petzold in dem oben § 274 Note 1 citirten Aufsatz S. 396—397 bes. Note 32. S. auch Savigny IV S. 38 k. — Nicht ausgeschlossen ist das Rückforderungsrecht bei der bedingten Verbindlichkeit, es müßte denn die Erfüllung der Bedingung sicher sein, l. 16. 18. 48. 56 D. h. t.

[9] L. 65 § 9 D. h. t. „Indebitum est non tantum quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur . .". L. [66] 64 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1. Seuff. Arch. IV. 332.

[10] Die l. 65 § 9 cit. fährt fort: — „aut si id, quod alius debebat, alius, quasi ipse debeat, solvat". L. 19 § 1 eod, l. 38 § 2 D. de sol. 46. 3, l. 31 pr. D. de H. P. 5. 3. Ueber l. 5 C. eod. 3. 31 und l. 48 [49] D. de neg. gest. 3. 5 s. Vangerow II S. 416 und III S. 521 (7. Aufl. 504), Francke Commentar über den Titel de her. pet. S. 322 fg., und die daselbst Citirten, ferner Zimmermann Aechte und unächte negotiorum gestio S. 75 fg., Schröder das Commodum bei der Erbschaftsklage S. 21 fg., Brinz II S. 646 Note 49. Nicht in Widerspruch steht l. 44 D. h. t. (§ 424 Note 7).

[11] L. 19 § 3 l. 26 § 13 i. f. l. 32 § 3 D. h. t., l. 10 C. h. t. Bernstein zur Lehre vom alternativen Willen S. 60 fg., Pescatore alternative Obligation S. 166 fg. Ueber l. 19 D. de leg. II° s. Vangerow § 549 a. E., Unger österr. Erbrecht § 76 Note 7, Bernstein a. a. O. S. 61, Pescatore a. a. O. S. 168.

[12] L. 3 D. de cond. s. c. 12. 7, l. 30 l. 31 l. 32 pr. l. 26 § 4—6 D. h. t., l. 10 C. h. t., l. 19 § 6 D. loc. 19. 2, l. 10 § 1 D. de compens. 16. 2. Hierher gehört auch der Fall, wo die Verpflichtung nur auf Leistung gegen Gegenleistung ging (§ 421 Note 12) oder auf Leistung gegen Uebernahme einer Last, einer dinglichen (§ 421 Note 10) oder einer obligatorischen (§ 421 Note 11). Aber das Rückforderungsrecht geht auch in diesem Fall nur auf das zuviel Geleistete, mit andern Worten auf die Leistung, die vor der Leistung an den Empfänger von ihm hätte verlangt werden können. Vgl. übrigens auch l. 22 [21] ad SC. Treb. 36. 1. Ausnahmsweise ist ein Rückforderungsrecht dieser Art

3. Das Bestehen der Verbindlichkeit muß irrthümlicherweise angenommen worden sein[13]. Und zwar muß der Irrthum, in welchem sich der Leistende befunden hat, ein entschuldbarer gewesen sein, so daß bei Rechtsirrthum ein Rückforderungsrecht nicht begründet ist, wenn nicht ausnahmsweise die Entschuldbarkeit des Rechtsirrthums nachgewiesen wird[14]. Dem Irrthum steht Zweifel gleich; nur posi=

nicht begründet, wenn Jemand auf eine fremde Sache, welche er irrthümlicherweise für die seinige hielt, Verwendungen gemacht und die Sache herausgegeben hat, ohne sich diese Verwendungen ersetzen zu lassen (Stellen § 422 Note 7). Wenn es in l. 51 D. h. t. allgemein heißt: „Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus", so sagt diese Stelle ihrem Wortlaute nach nur, daß das Geleistete, nicht daß das zuviel Geleistete nicht zurückgefordert werden könne; ist aber das Letztere ihr Sinn, so ist anzunehmen, daß sie (sie ist von Pomponius) eine ältere Auffassung repräsentirt, von welcher die erwähnte Ausnahme ein Ueberbleibsel ist. Vgl. über das Ganze Erxleben S. 100 fg., Dernburg Compensation 2. Aufl. S. 369. Brinz 2. Aufl. II S. 543 Note 13 versteht das solvere der l. 51 cit. von einem solvere nicht des, sondern an den Retentionsberechtigten, womit dann freilich die Stelle gründlich beseitigt ist, aber auf Kosten einer, wie mir scheint, unerträglichen sprachlichen Härte.

[13] L. 1 § 1 D. h. t. „Et quidem, si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest; sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio". L. 24 l. 26 § 2. 3 D. h. t., l. 9 pr. C. h. t. und häufig sonst. S. Voigt § 67. Wer weiß, daß die Verbindlichkeit, welche er erfüllen zu wollen erklärt, nicht besteht, darf nicht behaupten, daß er unter der Voraussetzung des Bestehens dieser Verbindlichkeit geleistet habe. Tritt nun eine andere Absicht seiner Leistung nicht hervor, so wird man zu sagen haben, daß er habe schenken wollen. Daher l. 53 D. de R. I. 50. 17: „Cuius per errorem dati repetitio est, eius cousulto dati donatio est". So auch l. 47 D. de op. lib. 38. 1, l. 7 § 2 D. pro emt. 41. 4, l. 12 D. de nov. 46. 2. Aber die Schenkungsabsicht ist einem solchen Falle keineswegs nothwendig. S. namentlich l. 50 D. de sol. 46. 3. „Si, cum aurum tibi promisissem, ignoranti quasi aurum aes solverim, non liberabor; sed nec repetam hoc quasi indebitum solutum, quod sciens feci". Wenn ferner der bösgläubige Erbschaftsbesitzer Erbschaftsschulden bezahlt, so kann er nicht zurückfordern (l. 31 pr. D. de H. P. 5. 3), und doch hat er gewiß nicht schenken wollen. Vgl. Windscheid Voraussetzung S. 203, Voigt S. 578 fg., E. Zimmermann Beiträge zur Theorie der condictio indebiti, Gießen 1868, Nr. II (§ 365 Note 4).

[14] Vgl. I § 79 Note 7. — Es wird in den Quellen in einer Reihe von Stellen mit der größten Bestimmtheit und als unbezweifelbares Axiom ausgesprochen, daß bei Rechtsirrthum die condictio indebiti nicht stattfinde. L. 10 l. 6 C. de iur. et facti ign. 1. 18, l. 9 § 5 D. eod. 22. 6, l. 6. 7 C. h. t., l. 9 C. ad leg. Falc. 6. 50. Andererseits wird die condictio auf Grund eines Rechtsirrthums zugelassen in l. 1 pr. D. ut in poss. leg. 36. 4. Aber wenn man auch nicht annehmen will, daß diese Stelle einen ausnahmsweise entschuldbaren Rechtsirrthum voraussetze, welche Annahme allerdings in ihren Worten keine Unterstützung findet, so kann sie doch als ganz vereinzelte gegenüber jenen zahlreichen und in präcisester Fassung redenden Stellen den eigentlichen und wirklichen Gedanken der Justinianischen Compilation nicht fraglich machen. (Vgl. übrigens auch H. Witte krit. VJSchr. VII S. 210. 206.) Noch weniger sind

tives Wissen von der Nichtbegründetheit schließt das Rückforderungsrecht aus[15]. — Weiß der Empfänger, daß die Verbindlichkeit, zu

dazu im Stande Stellen, in denen die condictio indebiti auf Grund eines Irrthums gewährt wird, welcher nach der Sachlage als Rechtsirrthum nothwendig oder doch mit Wahrscheinlichkeit zu denken ist, wie z. B. l. 32 § 1 l. 38 l. 64 D. l. 5 C. h. t.; denn da diese Stellen nicht die Absicht haben, sich über die zur condictio indebiti erforderliche Qualität des Irrthums zu äußern, so ist es von ihnen unzweifelhaft, daß sie voraussetzen, der Irrthum sei in dem gegebenen Fall ein entschuldbarer. In l. 25 pr. i. f. D. de prob. 22. 3 wird verlangt: iusta ignorantiae causa". S. auch l. 2 C. si adv. sol. 2. 32 [33]. — Die hier vorgetragene Ansicht darf als die heutzutage herrschende angesehen werden; sie wird vertheidigt namentlich von Savigny III S. 447 fg., Erxleben S. 70 fg., Witte S. 98 fg., Voigt S. 635, Unterholzner II S. 36. 37, Sintenis II § 109 Anm. 54, Vangerow III § 625 Nr. II, Puchta § 309. i, Arndts § 341 Anm. 6, Römer Abhandlungen I S. 21. Gegen diese Ansicht neuerdings E. Zimmermann in der in der vorigen Note a. E. bezeichneten Schrift Nr. I und Hesse Arch. f. civ. Pr. LVI S. 367 fg. (1873). Jahrb. f. Dogm. XV S. 90 fg., beide aber in vergeblichem Bemühen, die oben genannten Stellen zu beseitigen. Andere stellen die Entscheidung nicht auf den Gegensatz zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem Irrthum, sondern auf den Gegensatz zwischen Rechtsirrthum und factischem Irrthum als solchem, und lassen bei jenem die condictio indebiti unbedingt zu oder schließen sie unbedingt aus. S. die Literaturangaben bei Vangerow a. a. O., Holzschuher III § 266 Nr. 6. Brinz II S. 550 verlangt beweisbaren, „glaubhaften" Irrthum; „dieß ist wenigstens regelmäßig der grobe Irrthum nicht". S. auch Pfersche S. 126. — Auch in der Praxis macht sich die hier vertretene Ansicht immer mehr geltend, und ist theilweise selbst von solchen obersten Gerichtshöfen angenommen worden, welche früher nach der entgegengesetzten entschieden haben. Dahin gehören die OA.-Gerichte zu Lübeck (Seuff. Arch. XIII. 254, vgl. IV. 55, VII. 53), Dresden II. 187, vgl. VI. 206 Nr. 2, freilich auch Nr. 1), Jena (V. 291, vgl. VI. 207, VII. 322). Daß Entschuldbarkeit des Irrthums erforderlich sei, erkennt ferner an das OAG. zu Wiesbaden (XV. 195. I), das OT. zu Berlin (XXXI. 40, XXXIII. 134), das ROHG. (XXXIV. 131), das OAG. zu Lübeck (XXXIV. 131), das OLG. zu Braunschweig (XXXVIII. 128). Rechtsirrthum (unentschuldbaren) weisen zurück das OAG. zu Rostock (VII. 52), das AG. zu Celle (XXVII. 33), und der oberste Gerichtshof zu München (XXXVII. 121), nur bei den Personen der l. 25 § 1 D. de probat. läßt ihn zu das OAG. zu Cassel (VIII. 140. 141); ebenso das OAG. zu Jena (XXII. 149). Auf der anderen Seite stehen das OT. zu Stuttgart (Seuff. Arch. VII. 51: Entschuldbarkeit des Irrthums, wenigstens des thatsächlichen, ist nicht erforderlich [vgl. Kübel Monatschrift für die Justiz-Pflege in Württemberg XX S. 238 fg.]) und das AG. zu Celle (Seuff. Arch. XXII. 242: Entschuldbarkeit des thatsächlichen Irrthums ist nicht erforderlich). Kommt bei dieser Controverse CPO. § 236 in Betracht? Dawider Mandry § 20 Note 19 (3. Aufl. Note 21), Wach Civilproz. S. 190 Note 2. — Uebrigens darf das Erforderniß der Entschuldbarkeit des Irrthums nicht, wie namentlich Savigny thut, darauf gegründet werden, daß hier der Irrthum der Grund des Rückforderungsrechts sei. Das ist er gewiß nicht; der Irrthum hat hier überhaupt keine positive Bedeutung, er hat nur die negative Bedeutung, daß bei seiner Abwesenheit die als gewollt erklärte Selbstbeschränkung des Willens sich als nicht wirklich gewollt herausstellt. Deßwegen müßte man, wenn die Frage nur aus der Natur der Sache zu entscheiden wäre, umgekehrt jeden Irrthum, auch den unentschuldbaren, zulassen. Das

deren Erfüllung ihm geleistet wird, nicht besteht, so macht er sich durch das Nehmen einer Entwendung schuldig, und haftet nach den Grundsätzen des § 425[16].

4. Ausnahmsweise fällt das Rückforderungsrecht weg bei den Ansprüchen, bei welchen das Leugnen eine Steigerung auf das Doppelte zur Folge hat (§ 263 Ziff. 2. a)[17].

---

römische Recht scheint sich zu der entgegengesetzten Entscheidung durch die Rücksicht auf den Gläubiger, welcher auf das Behaltenkönnen des Geleisteten gerechnet hat, haben bestimmen zu lassen. So auch, in guter Ausführung, Bähr Anerkennung S. 69—71 (76—78). Vielleicht ist die oben genannte l. 1 pr. D. ut in poss. leg. der Ausdruck derjenigen Auffassung, welche hier als der Natur der Sache entsprechend bezeichnet ist. Dahin habe ich mich schon früher ausgesprochen (Voraussetzung S. 206. 207), und der gleichen Ansicht ist auch v. Salpius Novation und Delegation S. 284 fg., aber mit einer Unterscheidung (in Betreff der historischen Entwickelung) zwischen solutio und promissum einerseits und zwischen indebite promissum und indebiti promissum andererseits, welche ich für unbegründet halte. Dagegen Witte krit. VJSchr. VIII S. 204 fg.

[15] Nach der Entscheidung Justinian's in l. 11 C. h. t. Vgl. l. 2 pr. D. h. t. und Arndts § 341 Note 7. Seuff. Arch. IV. 123, VII. 54, XIII. 355. [Entsch. d. RG. XXI S. 195: die condictio indebiti ist auch dann begründet, wenn Jemand in Kenntniß einer ihm zustehenden Einrede zahlt, weil er glaubt, sie nicht beweisen zu können.]

[16] L. 18 D. de cond. furt. 13. 1, l. 43 pr. l. 81 [80] § 6 i. f. D. de furt. 47. 2. Vorausgesetzt wird jedoch Besitzerwerb auf Seiten des Empfängers. L. 43 § 2 D. de furt. 47. 2. „Si is, qui indebitum accipiebat, delegaverit solvendum, non erit furti actio, cum eo absente solutum sit; caeterum si praesente, alia causa est et furtum fecit". Ueber und gegen die Meinung Francke's (Beiträge Nr. 4), daß Entwendung nur dann vorliege, wenn der Empfänger sich fälschlicherweise für die Person des wirklichen Gläubigers ausgegeben habe, s. Vangerow § 625 Nr. III und die daselbst Citirten. Vgl. auch Entscheid. des RG. II S. 412.

[17] L. 4 C. h. t., § 7 I. de obl. quasi ex contr. 3. 27. Vgl. l. 23 § 4 D. h. t. Rudorff Zeitschr. f. RW. XIV S. 290. 467. 469. — Gewöhnlich fügt man hinzu, daß das Rückforderungsrecht auch bei dem Urtheilsanspruch wegfalle. Allerdings wird in den Quellen der Satz, daß „qui ex causa iudicati solvit, repetere non potest", mehrfach vorgetragen, l. 74 § 2 D. de iud. 5. 1, l. 36 D. fam. erc. 10. 2, l. 29 § 5 D. mand. 17. 1, l. 1 C. h. t., l. 2 C. de compens. 4. 31. Von der anderen Seite steht es aber fest, daß, wenn nach der Leistung Aufhebung des Urtheils auf dem Wege der Appellation erlangt worden ist, das Geleistete zurückgefordert werden kann, l. 11 D. de appell. 49. 1, und das Gleiche muß für den Fall gelten, wo eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urtheil durchgeführt worden ist. Als wirklicher Sinn der oben genannten Stellen stellt sich daher heraus, daß es nicht erlaubt sein soll, die Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urtheil auf dem Wege der condictio indebiti geltend zu machen; was sich auch vollkommen daraus erklärt, daß nach dem älteren Recht das Unterliegen in dieser Nichtigkeitsbeschwerde die poena dupli nach sich zog (Keller Civilproceß § 82 Note 983). Im Justinianischen Recht ist diese poena dupli, und damit der Grund jener Vorschrift, weggefallen; dieselbe hängt daher in der Luft. Jedenfalls ist sie nur eine processualische, keine civilrechtliche Vorschrift. Deßwegen ist es auch ungerechtfertigt, sie, wie Manche thun, auf den Fall zu übertragen, wo

5. Was den Beweis angeht, so muß der Rückfordernde im Bestreitungsfall beweisen: a) die Leistung; b) die Leistung zum Zweck der Erfüllung der Verbindlichkeit[18]; c) das Nichtbestehen dieser Verbindlichkeit[19]. Von diesem letzteren Satze gibt es jedoch Ausnahmen.

---

die Leistung auf Grund der irrigen Annahme erfolgt ist, es sei ein Urtheil gefällt worden, welches überhaupt nicht gefällt worden ist. Vgl. über die verschiedenen Auffassungen Rudorff Zeitschr. für gesch. RW. XIV S. 322 fg., Witte S. 95 fg. und die daselbst Citirten, Brinz 2. Aufl. II § 304 Note 27. 28, Pfersche S. 121 fg. — Ueber den Satz: „poenae non solent repeti, quum depensae sunt“ (l. 42 D. h. t., ebenso l. 46 D. de R. I. 59. 17) vgl. einerseits l. 23 § 4 D. h. t., andererseits l. 3 § 14 D. de tab. exh. 43. 5 (mit der nämlichen Inscription wie l. 42 cit.), l. 35 D. h. t., l. 1 § 2 D. de lege Iulia ambitus 48. 14, und die verschiedenen Meinungen bei Glück XIII S. 105 fg., welchem beistimmen Vangerow S. 407 (393), Unterholzner I § 247. d, II § 322. g, Puchta § 309. f, ferner bei Francke Arch. für civ. Pr. XXII S. 358, Brinz 1. Aufl. S. 415. 2. Aufl. II § 304 Note 28a, Karlowa Legisactionenproceß S. 200.

[18] Wenn der Empfänger behauptet, das Geleistete sei ihm z. B. geschenkt worden, so leugnet er, daß ihm zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet worden sei; die positive Aufstellung, daß ihm geschenkt worden sei, fügt er überflüssigerweise hinzu.

[19] So bestimmt l. 25 D. de prob. 22. 3. Die Erwägung aus der Natur der Sache führt zu dem gleichen Resultat, und das wird auch allgemein anerkannt. Dagegen wird lebhaft über die Gründe gestritten, durch welche sich der bezeichnete Satz aus der Natur der Sache rechtfertige. Auf der einen Seite wird behauptet (Erxleben II S. 499 fg., Schlesinger Formalcontracte S. 31. 32, Witte Bereicherungsklagen S. 160 fg. namentl. S. 172. 173. krit. VJSchr. VI S. 376—379, Buhl Anerkennungsvertrag S. 17 fg., Spaltenstein das specifisch juristische Geschäft S. 102 fg.), dieser Satz sei eine unmittelbare Consequenz aus dem Begriff der Voraussetzung; auf der anderen wird gelehrt (Windscheid Voraussetzung S. 189 fg. krit. VJSchr. I S. 122 fg., Bähr Anerkennung S. 68 (72) fg. Jahrb. f. Dogm. II S. 306 fg.), daß nach dem Recht der Voraussetzung an und für sich den Empfänger der Beweis der Erfüllung der Voraussetzung treffe, und daß dieß bei der condictio indebiti nur deßwegen anders sei, weil der Leistende durch die Leistung selbst die Erfüllung der Voraussetzung anerkannt habe. Für die letztere Ansicht, welche hier festgehalten wird (vgl. darüber das Nähere § 429 Note 1), entsteht die fernere Frage, wie der Begriff der Anerkennung näher zu bestimmen sei. In der ersten Auflage habe ich sie als Beweisvertrag gefaßt; dieser Beweisvertrag ist jetzt von mir aufgegeben (§ 412a Note 2). Bähr sieht in ihr eine ächte Anerkennung, d. h. eine Willenserklärung, darauf gerichtet, die Schuld gegen sich gelten zu lassen — die Erklärung der Absicht, die Schuld gegen sich gelten zu lassen, bethätigt durch die Aeußerung der Ansicht vom Bestande der Schuld (Anerkennung 1. Aufl. S. 64 fg. Jahrb. f. Dogm. II S. 311 fg. Anerkennung 2. Aufl. S. 68 fg. 127). S. noch Windscheid Voraussetzung S. 191 fg. krit. VJSchr. I S. 123 unten. Arndts krit. Ueberschau IV S. 224 fg., Witte Bereicherungsklagen S. 178. krit. VJSchr. VI. S. 389 fg., Hesse Wesen und Arten der Verträge des heutigen römischen Rechts S. 288 fg. Die Auffassung der Quellen in l. 25 § 1 D. de prob. 22. 3 ist doch sehr klar: der Zahlende hat eine Schuld tilgen wollen, und so wird auch wohl eine Schuld vorhanden gewesen sein, er müßte denn ein Mensch sein, zu dessen Einsicht und

Der Rückfordernde ist von dem Beweise des Nichtbestehens der vorausgesetzten Verbindlichkeit frei: α) wenn er eine Person ist, zu welcher man sich wohl versehen kann, daß sie leisten werde, ohne schuldig zu sein; β) wenn der Empfänger arglistigerweise den Empfang abgeleugnet hat und dessen überführt worden ist[20]. Unter allen Umständen aber, auch in diesen Ausnahmefällen[21], muß der Kläger das Nichtbestehen der Verbindlichkeit beweisen, wenn sich die Behauptung des Nichtbestehens der Verbindlichkeit in eine positive Behauptung auflöst[22]. Besondere Grundsätze sodann gelten für den Fall, wo die Leistung in einem Schuldversprechen besteht. Hier ist zu unterscheiden, ob in dem Schuldversprechen der Grund der vorausgesetzten Verbindlichkeit ausgedrückt ist, oder nicht; in dem ersten Fall muß der Versprechende das Nichtbestehen der Verbindlichkeit, in dem zweiten Fall der Gläubiger das Bestehen derselben beweisen[23]. — Der Beweis des Nichtbestehens der vorausgesetzten Verbindlichkeit wird durch den Beweis der (factischen oder juristischen) Nichtexistenz derjenigen Thatsachen erbracht, auf Grund deren das Bestehen der Verbindlichkeit ange-

Umsicht man kein Zutrauen haben kann. Etwas anders l. 31 § 17 D. de aed. ed. 21. 1 (die übrigens nicht von der Zahlung einer Schuld handelt): Niemand kann sich beklagen, wenn er mit seiner eigenen Erklärung gemessen wird. Vgl. noch Seuff. Arch. XXXI. 110. [Fitting Grundlagen der Beweislast S. 26 fg. lehrt jetzt, der Kläger sei principiell deßwegen vom Beweise frei, weil negative Sätze nicht bewiesen zu werden brauchten.]

[20] L. 25 pr. § 1 D. de prob. 22. 3. Benfey Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV S. 201 fg., E. Hoffmann Arch. für prakt. RW. N. F. VIII S. 255 fg., Vangerow § 625 Anm. 2, Sintenis § 109 Anm. 57. [A. Longo Arch. giuridico XXXVIII p. 198 s. 411 s. Darüber Schneider krit. VJSchr. XXXII S. 249 fg.] L. 25 § 1 cit. „Sin autem is, qui indebitum queritur, vel pupillus vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles vel agricultor et forensium rerum expers vel alias simplicitate gaudens et desidiae deditus: tunc eum, qui accepit pecunias, ostendere, bene eas accepisse, et debitas ei fuisse solutas . .“. Seuff. Arch. I. 58, VIII. 140. 141, XXXVIII. 128.

[21] Auch in dem zweiten? Die Frage wird verneint von Benfey a. a. O. S. 207; bejaht von Hoffmann a. a. O. S. 257, ferner von Römer die Beweislast hinsichtlich des Irrthums S. 62 fg., wo auch weitere Literatur angeführt ist.

[22] L. 25 § 2 cit. Hier werden drei Fälle aufgezählt: a) der Kläger behauptet, er sei weniger, als er gezahlt habe, also so und viel schuldig; b) er beruft sich auf Tilgung der Schuld, oder c) auf eine Einrede.

[23] L. 25 § 4 cit. Ist eine genaue Angabe des Grundes der vorausgesetzten Schuld erforderlich, oder genügt eine allgemeine Bezeichnung? S. darüber § 412b Note 2, wo auch weitere Literatur über diese, jedenfalls interpolirte, Stelle angegeben ist. — Findet auch in diesem Falle die oben bei a angegebene Bestimmung statt? Verneint bei Seuff. Arch. XVIII. 254.

nommen worden ist[23a]. Dabei ist der Richter regelmäßig auch in der Lage, zu entscheiden, ob es dem Kläger erlaubt war, sich in Betreff dieser Thatsachen in einem Irrthum zu befinden[24]; hängt die Entschuldbarkeit des Irrthums noch von einer weiteren, nicht feststehenden, Thatsache ab, so muß der Kläger auch diese beweisen[25]. Dagegen braucht der Kläger den Beweis des Irrthums selbst nicht zu führen[26].[27]

b. Bereicherung aus einer Leistung, welche unter einer auf die Zukunft gestellten Voraussetzung gemacht worden ist*.

§ 427.

Die auf die Zukunft gestellte Voraussetzung kann zum Gegenstand ein Handeln des Empfängers haben, und dieß ist ein besonders

---

[23a] Seuff. Arch. VII. 55.

[24] In diesem Sinne heißt es im pr. der l. 25 cit.: — „eum, qui dicit, indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per . . aliquam iustam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum". Vgl. Seuff. Arch. VII. 322, VIII. 142, XV. 195, XXXVIII. 128.

[25] Der Kläger beruft sich z. B. darauf, daß der Rechtsirrthum, in welchem er sich befunden hat, ausnahmsweise gerechtfertigt gewesen sei.

[26] D. h. er braucht nicht zu beweisen, daß sein Wille wirklich darauf gerichtet gewesen sei, eine Verbindlichkeit zu erfüllen. Daß sein Wille hierauf gerichtet sei, hat er erklärt, und er kann verlangen, daß bei seiner Erklärung, welche der Gegner als solche hingenommen hat, stehen geblieben werde, bis der Gegner die Unrichtigkeit derselben nachgewiesen hat. Wächter II S. 502. Seuff. Arch. VII. 56, X. 56, XIII. 255, XV. 195 Nr. II. 2. 3, XVII. 248, XXIV. 120, vgl. XXXI. 145. A. M. Schlesinger Formalcontracte S. 204, welcher vom Kläger dafür, daß er in der That keinen andern Willen gehabt habe, „einigen Nachweis" verlangt. A. M. ferner Röder Abhandlungen über prakt. Fragen des Civilrechts Nr. 2, Römer die Beweislast hinsichtlich des Irrthums S. 55 fg., Zimmermann Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 60 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 549, theilweise Hoffmann a. a. O. S. 200 fg. S. auch Witte Bereicherungklagen S. 180. 162, Bähr Anerkennung S. 77—78 (83—84), Sintenis § 109 Anm. 57, Holzschuher III § 266 Nr. 11 1. Hälfte, Pfersche S. 133 fg. Seuff. Arch. XXIV. 119, XXVII. 234. Man wird wohl thun, sich in Betreff dieser Frage eine Unterscheidung recht scharf zum Bewußtsein zu bringen, deren Beachtung geeignet ist, vielen unnöthigen Streit abzuschneiden: der Zurückfordernde braucht nicht das behauptete Irren zu beweisen; aber er muß den Richter davon überzeugen, daß das von ihm behauptete Irren entschuldbar war (Note 24. 25), und indem er dieß thut, macht er freilich auch die Thatsache des Irrens selbst glaublich. S. auch Burckhardt Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XXI S. 338 fg. Seuff. Arch. XXIV. 119.

[27] Die hier aus der Natur der Sache entwickelten Grundsätze — also nicht die positiven Vorschriften der l. 25 D. de prob. — müssen in jedem anderen Falle zur Anwendung kommen, wo zurückgefordert wird wegen Ermangelung einer auf die Gegenwart oder Vergangenheit gestellten Voraussetzung; d. h. der Kläger muß die Ermangelung der Voraussetzung beweisen, nicht aber auch, daß er irrthümlicherweise ihr Erfülltsein angenommen habe.

wichtiger Fall, von dem unten (§ 428) noch näher gesprochen werden wird; aber es ist nicht der einzig mögliche[1]. Folgende andere in den Quellen erwähnte Fälle gehören hierher[1a].

Leistung unter der Voraussetzung, daß für den Leistenden künftig eine Verbindlichkeit werde begründet werden[2].

Leistung unter der Voraussetzung, daß[3] durch die Leistung eine Verbindlichkeit des Leistenden werde getilgt werden, entweder sofort[4], oder unter Mitwirkung eines später eintretenden Ereignisses[5].

---

* Dig. 12. 4 de condictione causa data causa non secuta. Cod. 4. 6 de condictione ob causam datorum. — C. G. Wächter doctrina de condictione causa data causa non secuta in contractibus innominatis (1822). Erxleben (§ 421) 2. Abtheilung. Voigt (§ 421) § 76. 78. 79. Pfersche S. 148 fg. Unterholzner II S. 40 fg., Sintenis II S. 531 fg., Vangerow III § 626, Brinz II § 303.

§ 427. [1] Früher war die durchaus herrschende Auffassung, die condictio c. d. c. n. s. zu denken als Klage auf Rückforderung des um einer Gegenleistung willen Geleisteten, und sie daher in die Lehre von den s. g. Innominatcontracten zu stellen. Die erste Schrift, in welcher sich eine bewußte Unterscheidung der Innominatcontracte und der übrigen Fälle der Leistung ob causam futuram findet, ist die von Wächter. Erxleben S. 32. In aller Unbefangenheit wird der alte Irrthum wieder vorgetragen in der I § 44 Note 6 a. E. citirten Schrift von Prinz S. 43 fg. (einer Schrift, in welcher freilich u. A. auch gelehrt wird [S. 58], daß die actiones poenales und die actiones vindictam spirantes identisch seien!). — Ueber die verschiedenen Ansichten, welche in Betreff des Grundes der condictio c. d. c. n. s. aufgestellt worden sind, s. § 423 Note 13, und füge hinzu Erxleben S. 30 fg., ferner Wendt Reurecht und Gebundenheit I. Heft, Erlangen 1878, Pfersche S. 148 fg. Wendt, zu einer älteren Ansicht zurückkehrend, sieht den Grund der cond. c. d. c. n. s. einfach darin, daß die causa eben causa futura sei, also in der Gegenwart nicht existire, und daher die Leistung nicht sowohl causa non secuta anfange sine causa zu sein, als vielmehr causa secuta aufhöre sine causa zu sein. Ueber die Art und Weise, wie sich der Verf. mit dem in der Leistung selbst bethätigten Willensmoment, daß der Empfänger einstweilen haben solle, glaubt abfinden zu können, s. S. 40 fg. L. 7 § 1 D. de I. D. 23. 3 soll auf favor dotis beruhen. Vgl. über diese Schrift auch Regelsberger krit. VJSchr. XX S. 409 fg. Jetzt wieder Wendt Jahrb. f. Dogm. XXII S. 321 fg. [Pand. S. 686]. Pfersche nimmt für den Fall, wo die Voraussetzung nicht auf eine Handlung des Empfängers geht, einen Rückgabevertrag an (vgl. § 423 Note 13); für den entgegengesetzten Fall glaubt er die condictio nur historisch erklären zu können, und hält sie daher für heutzutage unpraktisch.

[1a] Vgl. auch Seuff. Arch. XXXVI. 45.

[2] Z. B. Vorausbezahlung des Miethgeldes; hinterher wird dem Vermiether die Gewährung des Gebrauchs ohne seine Schuld unmöglich. L. 9 § 4 l. 19 § 6 l. 30 § 1 l. 33 D. loc. 19. 2. Ferner gehört hierher der Fall der Ausstellung eines Empfangsbekenntnisses in Erwartung eines dem Aussteller zu gebenden Darlehns. L. 7 C. de non num. pec. 4. 30, l. 3 C. de post. 2. 6, l. 4 C. de cond. ex lege 4. 9. Vgl. § 372, aber auch Voigt § 46 a. E. S. ferner l. 23 pr. D. de cond. ind. 12. 6. Vielleicht ist hierher auch l. 15 D. h. t. zu stellen. Erxleben S. 186; vgl. Voigt S. 701.

[3] Vgl. zum Folgenden Erxleben § 11.

Leistung unter der Voraussetzung, daß durch die Leistung für den Leistenden ein Forderungsrecht werde begründet werden, entweder sofort[6], oder unter Mitwirkung eines später eintretenden Ereignisses[7].

---

[4] Beispiele: ein Schuldner leistet einen zur Erfüllung untauglichen Gegenstand, l. 38 § 3 D. de sol. 46. 3. Ein Schuldner leistet einem Andern, als dem wahren Gläubiger, in der falschen Meinung, die Leistung an denselben sei dem Willen des Gläubigers gemäß; er hat ein Rückforderungsrecht, wenn nicht durch die nachträgliche Genehmigung des Gläubigers der Leistung dennoch die Erfüllung ihres Zweckes verschafft wird. L. 14 D. h. t., l. 58 pr. § 1 D. de sol. 46. 3, l. 80 § 7 D. de furt. 47. 2, l. 8 C. de cond. ind. 4. 5 (in den beiden letzten Stellen wird das Geleistete ungenau als indebitum bezeichnet), l. 22 pr. D. eod. 12. 6. Weiß der Empfänger, daß er nicht für den Gläubiger annehmen darf, so macht er sich einer Entwendung (furtum) schuldig, und haftet nach den Grundsätzen derselben (§ 425). L. 14 D. h. t., l. 81 [80] § 5—7 D. de furt. 47. 2, l. 44 D. eod., l. 18 l. 38 § 1 D. de sol. 46. 3, l. 3 § 12 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (vgl. I § 172 Note 16). (In l. 18 D. de sol. 46. 3 und l. 81 [80] § 6 D. de furt. 47. 2 wird hervorgehoben, daß der falsus procurator eben auch nur dann ein furtum begehe, wenn er die Absicht habe, das Empfangene zu unterschlagen, vgl. l. 8 C. de cond. ind. 4. 5; in l. 43 § 1 D. de furt. 47. 2 aber wird eine Meinung referirt, nach welcher der procurator auch in diesem Fall ein furtum bloß unter der Voraussetzung begehen soll, daß ihm in der Absicht, nicht ihn, sondern den Gläubiger zum Eigenthümer zu machen, gegeben worden sei. Vgl. über diese Stellen aber auch Schloßmann Grünhut's Zeitschr. IX S. 339 fg.)

[5] Beispiele: ein Schuldner leistet einem Andern, als dem Gläubiger, in der Erwartung, daß der Gläubiger diese Leistung genehmigen werde, l. 14 D. h. t., l. 14 pr. l. 58 pr. D. de solut. 46. 3, l. 16 pr. l. 22 pr. § 1 l. 25 § 1 D. ratam rem 46. 8, l. 41 § 11 D. de leg. III° 32. Vgl. auch l. 34 § 6 D. de sol. 46. 3. Ferner gehört hierher folgender Fall: der Schuldner in einer alternativen Obligation leistet einen Theil des einen der beiden geschuldeten Gegenstände; dadurch wird der Schuldner nicht theilweise befreit, dagegen ist er ganz befreit, wenn er hinterher den anderen Theil dazu leistet; thut er dieß nicht, sondern leistet den anderen Gegenstand, so kann er den geleisteten Theil zurückfordern. Ebenso bei theilweiser Leistung auf Grund einer generischen Obligation. L. 26 § 13. 14 D. de cond. ind. 12. 6, l. 2 § 1 D. de V. O. 45. 1, l. 34 pr. D. de solut. 46. 3. Vgl. § 255 Note 7. — In l. 26 § 13 cit. heißt es übrigens: — „si autem Stichum praestitisset (das andere Ganze), quinque eum posse condicere quasi indebita“; ebenso l. 34 pr. cit. Es scheint also hier der Gesichtspunkt angelegt zu werden, daß, nachdem die Obligation sich durch die vollständige Leistung auf einen der mehreren möglichen Gegenstände concentrirt habe, der andere Gegenstand aus der Obligation ganz ausgeschieden sei, und sich demgemäß als ein unverschuldeter herausstelle. Hiernach müßte das Rückforderungsrecht als ein Rückforderungsrecht ob causam finitam gefaßt werden. Von der anderen Seite kann man aber doch nicht sagen, daß der geleistete Theil debite geleistet worden sei, eben weil nur ein Theil geleistet worden ist, und sonach ist das eigentliche Verhältniß denn doch das, daß geleistet worden ist in der Erwartung, es werde durch ein künftiges Ereigniß sich die gemachte Leistung als zur Befreiung dienend ausweisen. Eine Ungenauigkeit des Ausdrucks, wie die bezeichnete, findet sich auch sonst in unserer Lehre s. Note 4. 10. Vgl. § 255 Note 7.

[6] L. 32 D. de R. C. 12. 1.

Leistung unter der Voraussetzung eines sonstigen Rechtserwerbes. Ein besonders wichtiger Fall, welcher hierher gehört[8], ist der der Leistung um der Bedingung einer letztwilligen Zuwendung zu genügen[9]; die Voraussetzung ist hier, daß das Zugewendete werde erworben werden[10] und gerade durch die Leistung werde erworben werden[11].

Bestellung einer Dos vor Abschluß der Ehe; die Voraussetzung ist hier, daß eine Ehe zu Stande kommen werde[12].

Schenkung unter Brautleuten. Auch sie gilt als gemacht unter der Voraussetzung, daß eine Ehe zu Stande kommen werde. Jedoch hat derjenige, durch dessen Schuld die Ehe nicht zu Stande kommt, kein Rückforderungsrecht, und wenn der Abschluß der Ehe durch den Tod einer Partei gehindert wird, ist das Rückforderungsrecht des Bräutigams kein unbedingtes[13].

---

[7] L. 46 pr. D. de I. D. 23. 3. Seuff. Arch. XXVII. 35.

[8] Ein anderer hierher gehöriger Fall ist der, wo die Collation vor Antritt der Erbschaft gemacht wird. L. 13 D. h. t., l. 3 § 5 D. de coll. bon. 37. 6. Die Voraussetzung darf hier nicht etwa als auf die künftige Entstehung einer Verbindlichkeit gestellt gedacht werden; denn eine Verbindlichkeit zur Collation entsteht für den Erben auch durch den Antritt der Erbschaft nicht; sondern das Verhältniß ist das, daß, wenn er nicht conferirt, er die Erbschaftsrechte nicht geltend machen kann. L. 3 pr. l. 1 § 10. 13 D. de coll. bon. 37. 6. Vgl. III § 610 Ziff. 6.

[9] Condicionis implendae gratia, condicioni parendi gratia. Erxleben § 12.

[10] Aus welchem Grunde es nicht erworben wird, ist für den Ausfall der Voraussetzung gleichgültig. Es kann sein, daß die Verfügung des Erblassers ungültig, oder wiederaufgehoben ist, oder nie bestanden hat (l. 53 l. 65 § 3 D. de cond. ind. 12. 6, l. 2 D. h. t., l. 26 D. de inoff. 5. 2); es kann sein, daß der Leistende erwerbunfähig ist, oder daß er später anderen Sinnes wird und die letztwillige Zuwendung ausschlägt (l. 1 § 1 D. h. t., l. 65 § 3 D. de cond. ind. 12. 6). Unter die Fälle, wo die Verfügung des Erblassers ungültig ist, gehört auch der, wo der Bedachte das ihm Zugewendete bereits hat, l. 67 pr. D. de cond. ind. 12. 6. (Wenn es hier heißt: „an pecuniam . . ut indebitam datam repetere . . . possit“?, so ist das, wie in den in Note 4 und 5 genannten Stellen, lediglich ein ungenauer Ausdruck.)

[11] Daher steht ein Rückforderungsrecht zu, wenn sich herausstellt, daß die Bedingung gar nicht auferlegt, oder hinterher wieder erlassen war. L. 3 § 6. 7 D. h. t. S. auch l. 34 D. de cond. ind. 12. 6, dazu aber auch l. 44 § 5 D. de cond. 35. 1.

[12] L. 7 § 3 — l. 9 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 59 § 2 l. 74 D. eod., l. 6—9 pr. l. 10 D. h. t., l. 5 D. de cond. s. c. 12. 7, l. 10 D. de spons. 23. 1, l. 17 § 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 7 C. de interd. matrim. 5. 6. Erxleben § 8.

[13] Es geht „osculo interveniente“ nur auf die Hälfte. Ueber Beides s. l. 15. 16 C. de don. ante nupt. 5. 3; über das ältere Recht l. 2. 10. 11 C. eod., l. 1 § 1 D. de don. 39. 5, Vat. fr. § 262. Windscheid S. 29. 109, Erxleben S. 152—157. Ueber das „osculum“ s. noch Glück XXIV S. 396 fg.,

Schenkung auf Todesfall. Ihre Voraussetzung[14] ist, daß der Schenker den Beschenkten, oder, wenn die Schenkung mit Rücksicht auf eine vorhandene oder bevorstehende Lebensgefahr gemacht wird, daß er diese nicht überlebe[15].

§ 428.

Wenn die Voraussetzung der Leistung durch eine von dem Empfänger vorzunehmende Handlung gebildet wird (§ 427), so kann sie näher gerichtet sein: 1) entweder darauf, daß der Empfänger das Empfangene in gewisser Weise verwende[1] oder sich in Beziehung auf dasselbe in gewisser Weise verhalte[2]; oder 2) darauf, daß er seinerseits eine Leistung mache. In diesem letzten Falle ist wieder entweder möglich, daß die von ihm zu beschaffende Leistung sich als Auflage auf eine Schenkung darstellt[3], oder daß sie im Sinne des Vertrages Aequivalent für das ihm Geleistete ist[4]. In allen diesen Fällen aber hat der Leistende außer dem Rückforderungsrecht wegen Ausbleibens der vorausgesetzten Handlung auch ein Forderungsrecht auf Vollziehung dieser Handlung aus dem abgeschlossenen Vertrag[5], ohne daß

Spangenberg Arch. f. civ. Pr. XII S. 296 fg., Klenze Zeitschr. f. gesch. RW. VI S. 72, Bruns Syrisch-römisches Rechtsbuch S. 259 fg. Vgl. Seuff. Arch. IV. 233, XVII. 59.

[14] Sie kann aber auch unter einer aufschiebenden Bedingung gemacht werden. S. § 369 Note 2.

[15] L. 12 D. h. t., l. 35 § 3 D. de m. c. don. 39. 6, l. 19 pr. D. de R. C. 12. 1. — Schenkung unter der Voraussetzung des früheren Ablebens einer dritten Person: l. 18 pr. l. 11 D. de m. c. don. 39. 6, l. 3 C. eod. 8. 56 [57]. Erxleben § 9, Voigt S. 724—731. Vgl. III § 677 Note 11 lit. b.

[1] L. 11 D. h. t., l. 53 D. de cond. ind. 12. 6, l. 5 § 9 l. 9 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 2 § 7 D. de don. 39. 5. § 428.

[2] Z. B. das Empfangene nicht veräußere (l. 3 C. h. t.), oder nach gewisser Zeit weiter gebe (l. 49 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 C. de don. quae sub modo 8. 54 [55]). Vgl. auch Seuff. Arch. V. 7.

[3] L. 3 D. de don. 39. 5, l. 8 C. h. t., l. 2 C. eod., l. 1 C. de don. quae sub modo 8. 54 [55]. Vgl. Seuff. Arch. XVI. 103.

[4] Beispiele aus den Quellen: es wird etwas gegeben, damit ein Sclave freigelassen werde, l. 1 pr. l. 3 § 2. 3. 5 D. h. t., l. 5 § 2 l. 7 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 19 pr. D. de R. C. 12. 1, l. 6. 9 C. h. t.; damit ein Sclave nicht freigelassen werde, l. 3 § 1 D. h. t.; ut filius emancipetur, l. 1 pr. D. h. t.; ut procurator sit, l. 5 C. h. t., vgl. l. 11 C. h. t.; ut Capuam eas, l. 5 pr. D. h. t.; ut a lite discedatur, ne ad iudicem iretur, l. 1 pr. l. 3 pr. D. h. t.: ut tabulam pingas, l. 5 § 2 D. de praescr. verb. 19. 5. Geben einer Sache, damit eine andere gegeben werde (Tausch), l. 5 § 1 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 1 § ult. D. de rer. perm. 19. 4, l. 5. 7 C. eod. 4. 64; Erlaß gegen Stellung eines anderen Schuldners, l. 4 D. h. t., l. 8 § 8 D. ad SC. Vell. 16. 1. S. noch l. 16 D. l. 4 C. h. t., l. 65 § 4 D. de cond. ind. 12. 6.

das letzte Recht das erste ausschlösse[6]. Nur ist im Falle des gegenseitigen Vertrages zuzusehen, ob die Leistung wirklich um der Gegenleistung willen, und nicht vielmehr zum Zweck der Erfüllung der dem Leistenden auf Grund des gegenseitigen Vertrages obliegenden Verpflichtung erfolgt ist[7]. Und ferner ist im Falle einer Vermögenszuwendung mit der Auflage einer Herausgabe an einen Dritten das Rückforderungsrecht ausgeschlossen durch das diesem Dritten auf die Herausgabe erworbene Forderungsrecht[8].

Das Rückforderungsrecht wegen Ausbleibens der vorausgesetzten Handlung findet nicht statt, wenn den Geber bei dem Geschäfte der Vorwurf des Unerlaubten trifft[9]. Die Frage, inwiefern es auch dann nicht stattfindet, wenn die vorausgesetzte Handlung dem Empfänger unmöglich ist oder wird, ist bereits I § 100 Abs. 2. 3 beantwortet worden[10]. Auf der anderen Seite findet ein Rückforderungsrecht trotz des Nichtausbleibens der vorausgesetzten Handlung statt, wenn der Vorwurf des Unerlaubten den Empfänger trifft[11].

---

[5] Wer etwas nimmt, was ihm unter der erkennbar hervortretenden Voraussetzung einer seinerseits vorzunehmenden Handlung gegeben wird, verspricht im Nehmen die Vornahme dieser Handlung; er bringt durch das Nehmen einen (unbenannten) Realvertrag zu Stande, und begründet gegen sich nach römischem Recht eine actio praescriptis verbis (§ 312 Note 4). L. 5 § 1. 2 l. 7 l. 9 l. 26 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 4. 5 C. de rer. perm. 4. 64; l. 9. 22 C. de don. 8. 53 [54], l. 28 D. eod. 39. 5, l. 8 C. de rer. perm. 4. 64, l. 3 C. de contr. emt. 4. 38.

[6] S. I § 99 Note 1.

[7] Vgl. § 321 Note 10a. — Um der Gegenleistung willen ist beim gegenseitigen Vertrag auch in dem Fall geleistet, wo der Vertrag ungültig ist, und in Kenntniß seiner Ungültigkeit geleistet worden ist, Windscheid S. 164. Vgl. Seuff. Arch. II. 58. Entscheid. des RG. 11 S. 410, vgl. XIII S. 4. Aus diesem Grunde war bei den Römern die condictio c. d. c. n. s. nur bei denjenigen gegenseitigen Verträgen ausgeschlossen, welche von der Form entbunden waren. S. die in Note 4 genannten Stellen, und vgl. 321 Note 9. Daselbst (Note 11. 12) auch von dem nach römischem Recht bei den unbenannten Realverträgen zustehenden freien Rücktrittsrecht.

[8] S. l. 3 C. de don. quae sub modo 8. 54 [55] § 316 Note 5. 13.

[9] L. 4 § 3 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5.

[10] Vgl. auch Holzschuher III § 265 Nr. 1.

[11] S. § 423 Note 5. — Trifft der Vorwurf den Geber und den Empfänger zugleich, so bleibt er zwar dabei, daß der Geber nicht zurückfordern kann; dagegen kann auch der Empfänger auf Grund des ihm eingeräumten Rechts keinen Anspruch gegen den Geber erheben. L. 3 (vgl. l. 2 § 2) l. 4 pr. § 1 l. 8 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5, l. 2. 5 C. eod. 4. 7, l. 5 pr. D. de cond. s. c. 12. 7, l. 3 § 3 l. 5 § 1 D. de calumn. 3. 6, l. 134 pr. D. de V. O. 45. 1. Voigt S. 567—570 und § 73. Zu l. 5 D. de cond. s. c. 12. 7 s. noch Schlayer Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 91 fg. Seuff. Arch. I. 195, II. 19, IV. 231, VIII. 25. 119, XIII. 257, XVIII. 225.

Gereicht das abgeschlossene Geschäft in keiner Weise zum Interesse des Empfängers, ist dieser vielmehr nur als Werkzeug zu einer im Interesse des Gebers liegenden Verwendung oder Weitergabe des Gegebenen benützt worden, so hat der Geber ein Rückforderungsrecht zwar nicht wenn die vorausgesetzte Handlung vorgenommen worden ist, wohl aber ehe sie vorgenommen worden ist[12].

§ 429.

Was den Beweis angeht, so muß auch hier (§ 426 Ziff. 5) der Rückfordernde beweisen: a) die Leistung; b) die behauptete Voraussetzung; c) den Eintritt der Entscheidung, wenn von der Gegenseite behauptet wird, daß die Voraussetzung noch schwebt[1]. Dagegen braucht er d) wenn die Parteien darüber einverstanden sind, daß die Entscheidung gefallen sei, nicht zu beweisen die Nichterfüllung der Voraussetzung; der Empfänger muß, wenn er behalten will, seinerseits die Erfüllung der Voraussetzung darthun[2].

---

[12] L. 5 § 1. 2 D. h. t., l. 27 § 1 D. mand. 17. 1. Vgl. l. 11 § 8 D. de don. i. v. e. u. 24. 1.

[1] Für die Zeit der schwebenden Voraussetzung ist das Haben des Empfängers § 429. durch den in dem Geben ausgedrückten Willen gerechtfertigt. Vgl. Seuff. Arch. XXIX. 281. A. M. Dernburg an dem in Note 2 angeführten Orte.

[2] So: Heffter zu Weber Beweisführung S. 237, Windscheid Voraussetzung S. 189 fg. und krit. VJSchr. I S. 122 fg., Bähr Anerkennung S. 64 (68) fg. (welchem zustimmt Arndts krit. Ueberschau IV S. 223 unten), Gerber Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast S. 125 fg., Maxen über Beweislast, Einreden und Exceptionen S. 254 fg., Wetzell Civilproc. § 15 Note 17, Wendt § 427 Note 1, Dernburg Preuß. Privatr. II § 685 Note 11 [Pand. § 142 Note 16], Seuff. Arch. XXI. 127. Entsch. d. RG. V S. 26, [XIV. S. 225 (= Seuff. Arch. XLI. 273)]. Entgegengesetzter Meinung sind: Bethmann-Hollweg Versuche S. 341, Erxleben S. 499 fg., Witte Bereicherungsklagen S. 169 fg. und krit. VJSchr. VI S. 376—379, Schlesinger Formalcontracte S. 209 fg., Buhl in der § 423 Note 8 a. E. citirten Schrift S. 17 fg., Spaltenstein das specifisch juristische Geschäft S. 90 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 540, Pfersche S. 155. 160, Ludw. Goldschmidt Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 67 fg. Man bemerke über diese schwierige Frage Folgendes. 1) Sieht man zunächst auf innere Gründe, so hängt die Vertheilung der Beweislast davon ab, wie man das Verhältniß der Voraussetzung zur Willenserklärung, welcher sie hinzugefügt ist, auffaßt. Sagt man, die Voraussetzung bilde dieser Willenserklärung gegenüber eine zweite für sich bestehende Willenserklärung, durch welche für einen gewissen Fall die Pflicht zur Rückgabe begründet werde (nach Art der auflösenden Bedingung), so muß der Kläger das Eintreten dieses Falles beweisen; sagt man, sie sei ein der Willenserklärung inhärirendes Element, durch welches der definitive Bestand der gewollten Vermögenszuwendung von einer gewissen Gestaltung der Zukunft abhängig gemacht werde (nach Art der aufschiebenden Bedingung), so muß der Beklagte beweisen, daß diese Gestaltung eingetreten sei. Ich bleibe dabei stehen, daß die letztere Auffassung dem Wesen der Voraussetzung entsprechender sei, als die erstere. In ähnlicher Weile rechtfertigen Gerber und

B. Freiwillige Besorgung fremder Angelegenheiten*.

§ 430.

Die Thatsache, daß Jemand in fremden Angelegenheiten thätig wird, erzeugt Verpflichtungen sowohl für ihn, wie für denjenigen, in

---

Maxen die Beweislast des Beklagten (im Einzelnen noch unter sich abweichend), obgleich sie die causa nicht als Voraussetzung, sondern, in der Weise Voigt's, als objectiven Rechtfertigungsgrund fassen. Witte beruft sich gegen mich darauf, daß, „der Wille als solcher Rechtsgrund sein könne, die Leistung also nicht erst durch den Eintritt des zukünftigen Ereignisses eine causa erhalte" (VJSchr. S. 378). Aber es handelt sich hier nicht von dem Willen als solchem, sondern von dem an eine Voraussetzung gebundenen Willen. Witte hat causa als Bestimmungsgrund (§ 318 Ziff. 2) und causa als Voraussetzung (§ 318 Ziff. 3) verwechselt. 2) Was die Quellenäußerungen angeht, so dürfen der hier vertheidigten Ansicht keine Schwierigkeit solche Stellen machen, welche, wie z. B. l. 19 pr. D. de R. C. 12. 1 und l. 58 pr. D. de solut. 46. 3, sagen, daß erst causa non secuta ein Forderungsrecht entstehe. Diese Stellen wollen nichts, als hervorheben, daß bei Dauer der Ungewißheit ein Forderungsrecht noch nicht bestehe. In l. 1 pr. D. h. t. heißt es denn auch umgekehrt: „causa secuta repetitio cessat"; vgl. auch l. 3 § 3 eod. Dagegen will ich eine Stelle nicht verschweigen, auf welche ich erst später aufmerksam geworden bin, und welche allerdings nicht unbedenklich ist. L. 26 D. de m. c. don. 39. 6. „Si, qui invicem sibi mortis causa donaverunt, pariter decesserunt, neutrius heres repetet, quia neuter alteri supervixit". Daß in dieser Stelle nicht von Solchen die Rede ist, deren gleichzeitiger Tod feststeht, sondern von Solchen, die in einer gemeinschaftlichen Gefahr umgekommen sind (I § 53 a. E.), darf mit Fug nicht bestritten werden, vgl. l. 9 § 2. 3. 4 D. de reb. dub. 34. 5, l. 18 pr. eod., l. 32 § 14 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 35 [34] D. ad SC. Treb. 36. 1. Dann aber besteht, so weit ich sehe, mit dieser Stelle die hier vertretene Auffassung nur dann, wenn man als die Auffassung des römischen Rechts annimmt, daß Personen, welche in einer gemeinschaftlichen Gefahr umgekommen sind, als gleichzeitig gestorben rechtlich zu gelten haben, wofern nicht der frühere Tod der einen bewiesen werden kann. Vgl. I § 53 Note 6. 3) Das Recht der querela non numeratae pecuniae in dieser Streitfrage zu verwerthen, halte ich bei der Eigenthümlichkeit, und zum Theil Dunkelheit, dieses Rechts, für äußerst bedenklich. 4) Unter allen Umständen muß m. E. dem Beklagten die Beweislast dann auferlegt werden, wenn gegen ihn ein Forderungsrecht auf Erfüllung des Vorausgesetzten begründet ist. Wenn das römische Recht auf Grund der actio praescriptis verbis dem Empfänger die Befugniß zugesprochen hat, das Empfangene bei schuldloser Unmöglichkeit der Erfüllung zu behalten (I § 100 Note 6), so wäre es wenig in seinem Sinne gehandelt, wenn man nicht auch die Beweislast bei der condictio c. d. c. n. s. nach dem Recht der actio praescriptis verbis regeln wollte. So auch (jedoch mit Ausschluß der donatio sub modo) Bethmann-Hollweg Versuche S. 342. Vgl. Hesse Wesen und Arten der Verträge S. 108 fg. 5) Wenn Erxleben und Witte geleisteten Forderungsrechten gegenüber eine verschiedene Behandlung wollen eintreten lassen, je nachdem dieselben wegen mangelnder Voraussetzung zurückgefordert werden (wo nach der Regel der Kläger beweisen soll), oder die Ermangelung der Voraussetzung durch Einrede geltend gemacht wird (in welchem Falle den Empfänger die Beweislast treffen soll), so halte ich diese Unterscheidung für nicht gerechtfertigt. Dawider auch Schlesinger a. a. O. S. 213, dafür Spaltenstein das specifisch juristische Geschäft S. 109 fg. —

dessen Angelegenheiten er thätig wird, auch ohne daß ein Auftrag oder ein sonstiges Verpflichtungsverhältniß zwischen ihm und dem Geschäftsherrn vorhanden ist[1]. Die technische Bezeichnung des römischen

---

[Fitting Grundlagen der Beweisführung S. 34 fg. 54 (1888) will jetzt zwischen der positiven und der negativen Voraussetzung unterscheiden; bei jener treffe allerdings den Empfänger die Beweislast, bei dieser aber nicht, weil negative Sätze nicht bewiesen zu werden brauchten. Vgl. § 426 Note 10 a. E.]

* Dig. 3. 5 Cod. 2. 18. [19] de negotiis gestis. — Kritz Pandektenrecht I. 1 S. 348—428 (1835). Kämmerer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 137 fg. 161 fg. 341 fg. (1835). Wächter Beiträge zur Lehre von der Negotiorum Gestio, Arch. für civ. Pr. XX S. 337 fg. (1837). Chambon die Negotiorum Gestio (1848). Ruhstrat Beiträge zur Lehre von der Negotiorum Gestio, Arch. für civ. Pr. XXXII S. 173 fg. XXXIII S. 25 fg. 213 fg. XXXIV S. 59 fg. (1849. 1850. 1851). Dankwardt die Negotiorum Gestio (1855). Brinkmann das Verhältniß der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zu einander (1855). Leist civilistische Studien II S. 103—164 (1855). Köllner die Grundzüge der Obligatio Negotiorum Gestorum (1856). (Darüber Stintzing Heid. krit. Zeitschr. IV S. 227 fg.) Ruhstrat über negotiorum gestio (1858). Witte die Bereicherungsklagen des römischen Rechts S. 6—46 (1859). Aarons Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio. Erste Abtheilung (1860). Jacobi Jahrb. f. Dogm. IV S. 215 fg. 293 fg. (1861). Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. IX S. 223 fg. (1868). L. Seuffert die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte § 5. 9. 10 (1868). E. Zimmermann Aechte und unächte negotiorum gestio (1872). (Ueber diese Schrift vgl. Regelsberger krit. VJSchr. XIV S. 277 fg. Nachträge zu derselben in der Schrift von Zimmermann über die stellvertretende Negotiorum Gestio [1876] S. 128 fg.) v. Monroy die vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte (1878). (Darüber Krüger Arch. für civ. Pr. LXII S. 202 fg., Ruhstrat krit. VJSchr. XX S. 374 fg.) Sturm das negotium utiliter gestum (1878). (Darüber Krüger Arch. f. civ. Pr. LXII S. 202 fg., Ruhstrat krit. VJSchr. XXI S. 365 fg.) Wlassak zur Geschichte der negotiorum gestio (1878). (Darüber Hölder Gött. Gel. Anz. 1880 S. 404 fg. S. auch Note 1a.) Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. XIX S. 154 fg. (1881). Ders. Arch. f. civ. Pr. LXIV S. 110 fg. (1881). Sturm das Grundprincip der negotiorum gestio (1882). [Kohler Jahrb. f. Dogm. XXV S. 42 fg. (1886). Ruhstrat das. XXVII S. 70 fg. (1889).] Glück V S. 318—385; Unterholzner II S. 600—611, Sintenis II § 114, Vangerow III § 664—667, Brinz 2. Aufl. II § 321. 321a, Wächter II § 203. Ueber die auch das das römische Recht berücksichtigende Schrift von Ogonowski, die Geschäftsführung ohne Auftrag nach österr. Recht, Lemberg 1877, vgl. v. Schey Grünhut's Zeitschr. V S. 438 fg. Ueber die beiden Aufsätze von Ruhstrat im Magazin für das deutsche R. der Gegenwart III S. 1 fg. IV S. 161 fg. s. § 482 Note 8. 9.

[1] Ein sonstiges Verpflichtungsverhältniß: Vormundschaft oder Amt, wovon § 430.
unter C und D (§ 432 fg.) die Rede sein wird. — Man hat sich vielfach bemüht, den Begriff der „fremden Angelegenheiten", des „negotium alienum" näher zu bestimmen, vorzugsweise im Interesse der Lösung der im folgenden § behandelten Fragen. Die Dogmengeschichte dieser Bestrebungen gibt die bei * citirte Schrift von Aarons. Dieser letztere Schriftsteller stellt (S. 195) folgende Formel auf: ein negotium alienum sei diejenige Handlung, „welche den Inhalt hat, einem fremden Vermögen ein Object der Berechtigung resp. Verpflichtung hinzuzufügen, oder ein darin bereits befindliches zu entfernen oder zu modificiren, oder aber eine dieser Thatsachen zu verhindern". Ich zweifele, ob diese oder

Rechts für ein Thätigwerden in fremden Angelegenheiten, welches ohne Auftrag oder ein sonstiges Verpflichtungsverhältniß eintritt, ist negotiorum gestio. Der Inhalt der aus der negotiorum gestio entstehenden[1a] Verpflichtungen[2] steht unter freiem richterlichen Ermessen[3]; die Hauptpunkte sind folgende.

1. Der Geschäftsführer ist verpflichtet[4]: a) bei seiner Geschäftsführung die Sorgfalt eines guten Hausvaters aufzuwenden[5]. In

---

eine ähnliche Formel dem Richter für die Entscheidung des einzelnen Falles Hülfe gewähren wird. S. auch § 431 Note 14a. — Mit der zuvor gemachten Bemerkung soll übrigens der Schrift von Aarons nicht zu nahe getreten sein, welche vielmehr durch den gewissenhaften Fleiß der Arbeit und die umsichtige Beherrschung des Stoffes die besten Erwartungen von der zweiten Abtheilung erregt, in welcher der Verf. seine eigene Ansicht näher zu entwickeln verspricht. (Diese zweite Abtheilung ist jetzt leider nicht mehr zu erwarten, da nach einer Mittheilung von Wlassak [a. a. O. S. 11] Aarons schon vor mehreren Jahren gestorben ist.)

[1a] Es bedarf keiner Bemerkung, daß der Sprachsinn von negotia gerere ein weiterer ist, und so sprechen denn auch die Quellen ohne allen Anstand von negotia gerere z. B. in Folge eines Auftrages, vgl. z. B. l. 3 § 1 D. qui pot. 20. 4. Neuerdings hat Wlassak a. a. O. in beachtenswerther Ausführung den Nachweis unternommen, daß auch dem prätorischen Edict dieser weitere Sinn des Ausdrucks zu Grunde liege, und daß „die individueller gefärbten Fälle der Führung fremder Geschäfte durch Abzweigung von der generellen negotiorum gestio als selbständige Obligationsfiguren zur Anerkennung gelangt" seien. Vgl. über diese Schrift Krüger Arch. für civ. Pr. LXII S. 469 fg., Leonhard Zeitschr. für Handelsrecht XXV S. 431 fg., Hölder Gött. Gel. Anzeigen 1880 S. 910 fg., Brinz § 321 Note 4.

[2] Dieselben sind nach römischem Sprachgebrauch Verpflichtungen quasi ex contractu, pr. § 1 I. de obl. quasi ex contr. 3. 27, l. 5 pr. D. de O. et A. 44. 7. Vgl. Note 17 gegen das Ende.

[3] Die actiones negotiorum gestorum sind bonae fidei actiones, § 28 I. de act. 4. 6, l. 5 pr. D. de O. et A. 44. 7, l. 5 § 6 [6 § 4] l. 6 [7] 17 [18] D. h. t.

[4] Actio negotiorum gestorum directa, § 1 I. cit.

[5] L. 10 [11] D. l. 20 C. h. t., l. 24 C. de usur. 4. 32, § 1 I. de obl. quasi ex contr. 3. 27, l. 23 D. de R. I. 50. 17. Sturm neg. utiliter gestum S. 58 fg. und Grundprincip S. 11 meint, der Geschäftsführer habe diejenige Sorgfalt aufzuwenden, „welche der Herr vermuthlich angewandt haben würde". Ich halte das nicht für richtig, und glaube nicht, daß es durch die dafür angeführten Stellen, l. 13 § 1 D. de usur. 22. 1, l. 10 [11] D. h. t., § 1 i. f. I. de obl. quasi ex contractu 3. 27 bewiesen wird. S. auch Krüger Arch. f. civ. Pr. LXII S. 207 und Sturm selbst Grundprincip 2c. S. 23. Vgl. unten Note 8 lit. a. — Substitution? Seuff. Arch. XXII. 42. — Gegen den Nachtheil, welchen der Geschäftsführer durch seine Schuld dem Geschäftsherrn zugefügt hat, darf er den durch die Führung eines andern Geschäfts erzielten Nutzen nicht aufrechnen. L. 10 [11] D. h. t. spricht von dem besonderen Fall der Note 7. b. Brinz § 321 Note 87. Glaubt man dieser Stelle eine allgemeinere Bedeutung beilegen zu müssen, so ist zu sagen, daß die in ihr vertretene Ansicht von der späteren Jurisprudenz verworfen worden ist (l. 23 D. pro soc.

Ausnahmefällen haftet der Geschäftsführer nur wegen Arglist und der derselben gleichstehenden groben Nachlässigkeit[6]; umgekehrt kann es vorkommen, daß er selbst wegen Zufall haftet[7]. Gegen die Pflicht zur Sorgfalt kann sich der Geschäftsführer auch dadurch verfehlen, daß er seine Thätigkeit nicht weit genug ausdehnt[8]. — Der Geschäftsführer ist b) verpflichtet, dem Geschäftsherrn Alles herauszugeben, was er auf Grund seiner Thätigkeit in Händen hat[9], das-

17. 2.) — Beweislast: Kierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck I S. 263, vgl. § 410 Note 4 a. E. und § 439 Note 7.

[6] Dieß ist der Fall: a) wenn ohne die Dazwischenkunft des Geschäftsführers für den Geschäftsherrn Alles verloren gewesen wäre, l. 3 § 9 D. h. t. (vgl. übrigens Sturm neg. utiliter gestum S. 62); b) wenn der Geschäftsführer nur in Erfüllung der Pflicht, vom Erblasser begonnene Geschäfte nicht liegen zu lassen, thätig geworden ist, l. 17 C. h. t., vgl. l. 1 pr. D. de fidei. tut. 27. 7, l. 40 D. pro socio 17. 2. Ueber den Fall bei a vgl. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1865 S. 264.

[7] Dieß ist der Fall: a) wenn der Geschäftsführer die Haftung für den Zufall besonders übernommen hat, l. 22 C. h. t. (vgl. Chambon S. 106, Glück V S. 365—367, Wlassak S. 151): b) wenn er gegen das Verbot des Geschäftsherrn oder auch nur gegen die Art und Weise desselben thätig geworden ist, l. 10 [11] D. h. t. In diesem letzteren Falle haftet er nicht bloß dann, wenn seine Handlung an und für sich schädlich ist, sondern auch, wenn sie nur dem Interesse gerade des Geschäftsherrn nicht entspricht. Vgl. Wächter a. a. O. S. 356 in Verbindung mit Note 26 auf S. 355.

[8] L. 5 § 14 [l. 6 § 12] D. h. t. Im Besonderen: a) der Geschäftsführer macht das in seinen Händen befindliche Vermögen nicht in gehöriger Weise fruchtbar, leiht namentlich Geld nicht auf Zinsen aus. Er ist jedoch dabei entschuldigt, wenn er die Art und Weise befolgt hat, in welcher der Geschäftsherr selbst mit seinem Vermögen umzugehen pflegt. L. 5 § 14 [l. 6 § 12] l. 18 [19] § 4 l. 30 [31] § 3 l. 34 [35] § 3 l. 36 [37] § 1 l. 37 [38] D. l. 20 C. h. t., l. 13 § 1 D. de usur. 22. 1, l. 24 C. eod. Zu l. 37 [38] cit. vgl. § 260 Note 2. Seuff. Arch. V. 14. b) Der Geschäftsführer erfüllt Verbindlichkeiten, welche er gegen den Geschäftsherrn hat, nicht freiwillig („non a semet ipso exigit"), oder befriedigt nicht Ansprüche, welche ihm gegen den Geschäftsherrn zustehen. L. 5 § 14 [6 § 12] l. 7 [8] pr. l. 34 [35] pr. § 3 l. 37 [38] D. h. t.; l. 12 [13] l. 34 [35] § 1. 2 D. h. t. c. L. 30 [31] § 2 D. h. t. Vgl. Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. XIX S. 263 fg.

[9] — quidquid ex his negotiis retines", l. 2 D. h. t. Bei einer umfassenderen Geschäftsführung, und namentlich bei der Verwaltung des ganzen Vermögens, kann von dem Geschäftsführer Rechnungsablegung verlangt werden, l. 2 cit., § 1 I. de obl. quasi ex contr. 3. 27. Vgl. Bähr Jahrb. f. Dogm. XIII S. 251 fg., auch v. Monroy a. a. O. S. 163 fg. Seuff. Arch. XXXVII. 205. — Der Geschäftsführer muß herausgeben, was er aus seiner Geschäftsführung („ex his negotiis", l. 2 cit.), nicht, was er auf Grund seiner Geschäftsführung aus dem Vermögen des Geschäftsherrn in Händen hat. Z. B. er zieht eine vermeintliche Forderung des Geschäftsherrn ein, l. 22 [23] D. h. t.; er erlangt in einem für den Geschäftsherrn geführten Proceß mehr, als dem Geschäftsherrn dem Rechte nach gebührt, l. 7 [8] § 1 D. h. t. Umgekehrt braucht er auch nicht herauszugeben, was er zwar aus dem Vermögen des Geschäfts-

jenige jedoch, was er auf Grund einer Rechtshandlung in Händen hat, welche eine Verfügung über das Vermögen des Geschäftsherrn enthält, nur dann, wenn der Geschäftsherr diese Rechtshandlung genehmigt und sie damit als auch für sich verbindlich anerkennt[10].

2. Der Geschäftsführer hat seinerseits gegen den Geschäftsherrn einen Anspruch auf Ersatz desjenigen, was er aus seinem Vermögen für den Geschäftsherrn aufgeopfert hat[11], und zwar mit Zinsen[12] — jedoch nur unter folgenden Voraussetzungen. a) Der Geschäftsführer muß die Aufopferung mit dem Willen gemacht haben, den Geschäftsherrn zum Ersatz zu verpflichten[13], also namentlich[13a] nicht in Schenkungsabsicht[14], oder zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit[15].

---

herrn, aber nicht auf Grund seiner Geschäftsthätigkeit in Händen hat, l. [18] 19 § 3 D. h. t. — [Muß der Geschäftsführer das für den Geschäftsherrn Eingenommene verzinsen? Ja, wenn er schuldvoller Weise versäumt hat, Zinsen zu ziehen. So Entsch. d. RG. XVIII S. 196 (= Seuff. Arch. XLIII. 17.]

[10] Einziehung von Forderungen: l. 7 [8] pr. l. 8 [9] l. 23 [24] D. l. 9 C. h. t., l. 62 D. de sol. 46. 3; l. 5 § 11. 12 [l. 6 § 9. 10] D. h. t., l. 14 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 81 [80] § 5 D. de furt. 47. 2. Verkauf: l. 8 [9] D. l. 19 C. h. t., l. 3 C. de R. V. 3. 32, l. 20 C. fam exc. 3. 36. Ankauf für Rechnung des Geschäftsherrn: Seuff. Arch. XVII. 241. Ueber den Gegensatz zwischen l. 8 [9] D. cit. und l. 60 D. de R. I. 50. 17 vgl. Vangerow § 664 Anm. Nr. III. — Vgl. zu dieser und der vorhergehenden Note noch Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. XIX S. 272 fg.

[11] Actio negotiorum gestorum contraria, § 1 I. de obl. quasi ex contr. 3. 27, l. 10 pr. D. h. t. Die actio negotiorum gestorum contraria kann möglicherweise in einem gegebenen Fall bei der Geschäftsführung nicht begründet sein. Aber nicht minder kann in einem gegebenen Fall auch die actio negotiorum gestorum directa wegfallen. Die Geschäftsführung kann möglicherweise nur darin bestehen, daß für einen Andern etwas aufgeopfert wird. — Die Aufopferung kann möglicherweise auch in dem bloßen Uebernehmen einer Verpflichtung bestehen, l. 2 D. h. t.

[12] L. 18 [19] § 4 D. l. 18 C. h. t., l. 37 D. de usur. 22. 1. Vgl. Seuff. Arch. III. 50, VI. 35, XVIII. 217, XXXVIII. 226.

[13] — „recipiendi animo“, l. 11 C. h. t.; — „quasi recepturus“, l. 13 C. h. t., l. 14 § 7 D. de relig. 11. 7; — „ut repetiturus“; l 15 C. h. t. Beweis: Seuff. Arch. I. 57, II. 43, III. 52, VIII. 130, IX. 29, XI. 240, XXI. 49. S. auch die in Note 15 citirten Erkenntnisse.

[13a] Vgl. auch Bl. f. RAnwend. zun. in Bayern XXXVI S. 207.

[14] „Donandi animo“, l. 12 C. l. 4 D. h. t. Vgl. l. 5 § 3 l. 7 pr. § 5 l. 10 § 2. 10 l. 11 D. de in rem verso 15. 3 in Verbindung mit l. 3 § 2 eod. (§ 483 Note 2).

[15] Mag die Verbindlichkeit eine juristische sein, oder nur eine natürliche. In den Quellen ist namentlich häufig von dem Fall die Rede, wo ein Familienglied eine Aufopferung für ein anderes Familienglied mit Rücksicht auf das zwischen ihnen bestehende nahe Verhältniß macht. Doch bleibt es freilich in diesem Falle dahingestellt, ob nicht die Schenkungsabsicht überwiegt. L. 26 [27] § 1 l. 33 [34] D. l. 1 11. 13. 15 C. h. t., l. 14 § 7—9. 13 D. de relig. 11. 7. Vgl. l. 5 C. h. t., l. 43 [44] D. h. t. Busch in Elvers Themis II S 505 fg.,

b) Die Aufopferung muß im Interesse des Geschäftsherrn gelegen haben. Dieß gilt sowohl für die Aufopferung selbst, als für ihr Maß[16] und für ihre Vornahme gerade durch den Geschäftsführer[16a]. Man muß sagen können, daß wenn der Geschäftsherr die Aufopferung des Geschäftsführers gekannt hätte, er sie gebilligt haben würde[17].

---

v. Meyerfeld Lehre von den Schenkungen I S. 218 fg., Schäffer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VII S. 1 fg., Reinhard das. VIII S. 74 fg, [Kohler Jahrb. f. Dogm. XXV S. 106 fg.]. Seuff. Arch. I 83. 348, II. 44, IV. 52, V. 15, VI. 36. 193, XI. 240, XII. 29. 164, XIV. 145, XVII. 49. 50, XX. 126, XXXI. 224 (Kierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck 1866 Nr. 96), XXXI. 225, [XXXIII. 305, XXXIX. 306]. Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock VII Nr. 50. Entscheid. des RG. IX S. 117 (= Seuff. Arch. XXXVIII. 22), [XIV S. 197 (= Seuff. Arch. XLI. 269)]. — Ist auf Grund einer irrig angenommenen Verbindlichkeit geleistet worden, so ist zwar ein Rückforderungsrecht begründet, aber nicht die actio negotiorum gestorum, sondern die condictio indebiti. (Zu unterscheiden der Fall, wo der Irrthum sich nicht auf die Verpflichtung zur Aufopferung, sondern auf die Verpflichtung zur Besorgung der fremden Angelegenheiten bezieht [§ 431 Note 2].) S. übrigens auch Brinz II § 301 Note 34. — S. noch l. 60 § 1 D. mand. 17. 1 (431 Note 10).

[16] L. 24 [25] l. 30 [31] § 4 D. h. t.

[16a] Dieß betont mit Recht Ruhstrat, namentlich in dem citirten Aufsatz in den Jahrb. f. Dogm. Bd. IX. Wenn auch die Aufopferung an und für sich im Interesse des Geschäftsherrn lag, so kann es doch sehr wohl sein, daß er in der Lage gewesen wäre, das betreffende Geschäft selbst vorzunehmen, so daß die Vornahme desselben gerade durch den Geschäftsführer seinem Interesse nicht entsprach. S. auch Sturm negotium 2c. S. 45 fg.

[17] Daß die Aufopferung im Interesse des Geschäftsherrn gelegen haben müsse, drücken die Quellen so aus: es müsse ein utiliter gestum vorliegen, l. 2 l. 9 [10] § 1 l. 11 [12] § 2 l. 44 [45] pr. D. l. 2. 10. 11. 24 C. h. t. Die utilitas ist aber nicht nach objectiven Rücksichten zu bestimmen, sondern eben mit Rücksicht auf die besondere Lage und die besonderen Auffassungen des Geschäftsherrn. L. 3 § 4 D. de in rem verso 15. 3: — „nec debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset" (vgl. vorher: quia nec procurator haec imputaret", und § 2 eod.). L. 42 [43] D. h. t.: der Geschäftsführer tilgt eine Schuld des Geschäftsherrn, er hat ein Rückforderungsrecht „nisi si quid debitoris interfuit, eam pecuniam non solvi". L. 9 [10] § 1 D. h. t.: — „non ... utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam, vel quae oneratura est patremfamilias, aggreditur". Die Nothwendigkeit der Aufopferung wird auch in anderen Stellen betont (l. 21 [22] l. 30 [31] § 7 l. 45 [46] D. h. t.), in dem Sinne, daß aus der Nothwendigkeit ein Schluß darauf gezogen werden kann, daß der Geschäftsherr die Aufopferung des Geschäftsführers gebilligt haben würde. Einzelnes: l. 22 [23] D. l. 3. 12. 16 C. h. t.; l. 39 [40] D. h. t.; l. 9 [10] § 1 D. l. 10 C. h. t.; l. 44 [45] D. h. t.; l. 2 C. h. t.; l. 26 [27] pr. D. h. t. Vgl. ferner: l. 3 § 3. 4. 7. 8. 10 l. 5 pr. § 2 l. 7 § 5 l. 9 l. 10 § 1. 2 l. 19 D. de in rem verso 15. 3 (in Verbindung mit l. 3 § 2 eod.); . 38 D. de R. V. 6. 1, l. 13 § 22 D. de A. E. V. 19. 1. Seuff. Arch. IX. 209. 285, XV. 25, XIX. 43, XX. 161, XXVII. 27, XXXV. 22. 75, XXXVII. 112. — Uebrigens herrscht über den Begriff des utiliter gestum keine Uebereinstimmung der Meinungen; s. die Uebersichten bei Ruhstrat Arch. XXXII S. 175 fg. Jahrb. für Dogm. IX S. 266 fg., Köllner S. 71 fg., Vangerow S. 523. 524 (7. Aufl.

Deßwegen steht dem Geschäftsführer um so eher ein Ersatzanspruch dann zu, wenn er sich auf den ausgesprochenen Willen des Geschäfts=

S. 508). Zwar hat es nie ganz verkannt werden können, daß bei der actio negotiorum gestorum contraria Rücksicht auf den präsumtiven Willen des Geschäftsherrn genommen werden müsse; aber während eine Reihe von Schriftstellern dieses subjective Moment (mehr oder minder) auch zum entscheidenden Princip erhebt (Kritz, Chambon, Ruhstrat, Dankwardt, Brinkmann, Köllner, Witte, Jacobi, v. Monroy, Ogonowski, Sturm), betonen andere mehr das objective (Wächter, Leist, Vangerow, Holzschuher III S. 679 Note **, Brinz 2. Aufl. II § 301 Note 33), wobei sich denn freilich die Nothwendigkeit herausstellt, die bloße Nützlichkeit als Grund der actio negotiorum gestorum contraria nicht zuzulassen. — Diejenigen Schriftsteller, welche die Rücksicht auf den präsumtiven Willen des Geschäftsherrn in den Vordergrund stellen, streiten ferner darüber, in welcher Weise dieser Wille zur Construction des Rechtsverhältnisses zu verwerthen sei. Kritz faßt denselben als fingirtes Mandat auf, ebenso Dankwardt; Chambon als fingirte Genehmigung (die Genehmigung könne, wenn sie nicht wirklich ertheilt werde, erzwungen werden); Witte als fingirtes Mandat „oder vielmehr . . Ratihabition". Ruhstrat's frühere Auffassung war folgende: in der Uebereinstimmung des Willens des Geschäftsherrn und des Geschäftsführers sei das materielle Substrat eines Vertrags gegeben; das Band, welches diesen beiden Willen zur wirklichen vertragsmäßigen Vereinigung fehle, supplire das Recht durch eine Fiction. Ebenso Brinkmann. Ruhstrat jetzt (Jahrb. f. Dogm. XIX S. 275, Arch. f. civ. Pr. LXIV S. 132 fg.): der Wille oder der Auftrag des Herrn wird nicht fingirt, aber sein Interesse ersetzt nach gesetzlicher Bestimmung den Mandatscontract, ohne dessen volle Wirkung zu haben. Einen wirklichen Vertrag nimmt an Ogonowski (s. namentl. S. 26. 30. 34. 35). Bei der Uebereinstimmung des Willens des Geschäftsherrn und des Geschäftsführers („Willensgemeinschaft") bleiben stehen Leist und v. Monroy. Meiner Ansicht nach sind alle diese Constructionen verfehlt, aber auch unnöthig. Die actio negotiorum gestorum contraria repräsentirt einen selbständigen Rechtssatz, wie die actio negotiorum gestorum directa, und bedarf ebensowenig, wie diese, der Zurückführung auf ein höheres Princip. So gut, wie das Recht von der einen Seite sagt: wer im Interesse eines Andern in dessen Angelegenheiten glaubt eingreifen zu müssen, soll dieß ordentlich thun — sagt es andererseits: wenn er dabei eine Aufopferung mit dem Willen macht, daß ihm das Aufgeopferte von dem Geschäftsherrn solle ersetzt werden, so wird diesem Willen, obgleich derselbe nur ein einseitiger ist, dann stattgegeben, wenn diese Aufopferung wirklich im Interesse des Geschäftsherrn lag. Vgl. l. 14 § 1 D. comm. div. 10. 3: — „tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui"; l. 29 pr. eod.: — „eo animo gerit, ut aliquem sibi obliget", l. 18 [19] § 2 D. h. t. In denjenigen Fällen, in welchen die actio negotiorum gestorum contraria auch bei Abwesenheit des animus obligandi gegeben wird (§ 431 Note 17. 18, vgl. Note 6. 11), hat sie nicht ihre eigenthümliche Natur, sondern ist nur eine andere Form für die condictio sine causa (§ 424 Note 1 a. E.). — Dabei läßt sich die Frage nicht abweisen, ob nicht die actio negotiorum gestorum contraria überhaupt auf den Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuführen sei? Es ist zu sagen, daß das römische Recht dieß möglicherweise hätte thun können (§ 421 Note 13), aber ebenso gewiß nicht gethan hat. Vgl. in dieser Beziehung auch noch l. 29 pr. D. comm. div. 10. 3 (*vv.* „denique ea actione pupillum teneri dicimus") in Verbindung mit den in Note 24 genannten Stellen. — Aus dem, was ich oben gesagt habe, daß die actio ne-

herrn berufen kann[18], so wie umgekehrt jeder Ersatzanspruch wegfällt, wenn der Geschäftsführer die Aufopferung gegen ein Verbot des Geschäftsherrn gemacht hat[19]; von welchem letzteren Satze jedoch eine Ausnahme in dem Fall gilt, wo Jemand für den Verpflichteten einen Leichnam bestattet hat[20]. Irrige Annahme, die Aufopferung liege im Interesse des Geschäftsherrn, hilft dem Geschäftsführer nicht, selbst dann nicht, wenn sein Irrthum entschuldbar war[21]. Lag dagegen

---

gotiorum gestorum contraria der Zurückführung auf ein höheres Princip nicht bedürfe, macht Dankwardt Jahrb. f. Dogm. XIII S. 341 Note 2: ich erkläre es für überflüssig, „von Rechtssätzen die Principien aufzusuchen". Eine solche Polemik entzieht sich der parlamentarischen Bezeichnung. Gegen die erwähnten Constructionsversuche jetzt auch Sturm negotium etc. (vgl. Grundprincip ꝛc. S. 1 fg. 26 fg.) unter Betonung, daß der eigentliche Grund der actio negotiorum gestorum contraria die Betrachtung sei, daß ohne dieselbe sich Niemand unbesorgter fremder Angelegenheiten annehmen würde (§ 1 I. de obl. quasi ex contr. 3. 27, l. 1 D. h. t.). S. auch Brinz 2. Aufl. II § 321 Anm. 30. [Kohler Jahrb. f. Dogm. XXV S. 42. 43. 122, vgl. 109.]

[18] Mag der Wille vorher ausgesprochen worden sein (l. 30 [31] pr. D. h. t., l. 5 pr. eod., vgl. l. 3 § 4. 6 D. de in rem verso 15. 3), oder nachher (Genehmigung — l. 8 [9] l. 9 [10] pr. D. h. t.). Ueber den letzten Fall vgl. Seuffert S. 47 fg., Sturm negotium etc. S. 67 fg., [Dernburg II § 122 Note 20].

[19] L. 24 C. h. t., l. 8 [9] § 3 l. 30 [31] § 4 D. eod., l. 14 § 13 D. de relig. 11. 7, l. 40 D. mand. 17. 1. Vgl. Kämmerer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 170 Note 7, Marezoll Arch. f. civ. Pr. VIII S. 265, Chambon S. 80, Köllner S. 87, Sturm S. 29 fg. Seuff. Arch. XXXIX. 103 (RG.)

[20] Für diesen Fall hatte der Prätor eine besondere actio, actio funeraria, aufgestellt, l. 12 pr. § 2. 3 vgl. l. 14 § 13 D. de relig. 11. 7. Vgl. über dieselbe auch Schneider subsidiäre Klagen S. 500 fg. Brinz 2. Aufl. II § 321a. Verpflichtet zur Leichenbestattung ist aber (nicht der nächste Verwandte, sondern) derjenige, welcher das Vermögen des Verstorbenen erhält, also der Erbe (l. 12 § 4 l. 14 § 1. 13 D. de relig. 11. 7), daneben auch derjenige, an welchen durch den Tod der Frau die Mitgift fällt (l. 16—20 l. 22—30 D. eod.); ist kein Vermögen vorhanden, der Vater, welcher den Verstorbenen in der Gewalt hatte (l. 21. 28 eod.), zuletzt der Ehegatte (l. 28 eod.). Ueber das, was zu den Leichenbestattungskosten gehört, s. Walther Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVII S. 364 fg. — Eine fernere Ausnahme macht: für die Erfüllung fremder gesetzlicher Verpflichtungen, wenn öffentliches Interesse die Erfüllung derselben verlangt, mit Rücksicht auf l. un. § 3 D. de via publ. 43. 10, das Erkenntniß bei Seuff. Arch. III. 51 und XIV. 94; für die Erfüllung fremder gesetzlicher Verpflichtungen, welche zugleich auf einer sittlichen Vorschrift beruhen, das Erkenntniß XXXVI. 33; für die Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen überhaupt das Erkenntniß XI. 37. S. noch Seuff. Arch. XXI. 52. Vgl. Holzschuher III S. 685 Nr. 8. [Dernburg II § 122 Note 19.]

[21] L. 9 [10] § 1 i. f. D. h. t. „Ego quaero, quid si putavit, se utiliter facere, sed patrifamilias non expediebat? Dico, hunc non habere negotiorum gestorum actionem." Wächter Arch. Anm. 22 (S. 352) und Anm. 15 a. E. (S. 346), Chambon S. 71. 72, Ruhstrat Arch. XXXII S. 193—195, Dankwardt S. 15, Leist S. 122, Köllner S. 84, Sturm negotium etc. S. 10 fg. Dieser letztere Schriftsteller (vgl. auch Grundprincip ꝛc. S. 8) leugnet,

die Aufopferung wirklich im Interesse des Geschäftsherrn, so hat der Geschäftsführer einen Ersatzanspruch auch dann, wenn der durch die Aufopferung erzielte Erfolg hinterher wieder weggefallen ist[22]. In den Fällen übrigens, in welchen die Aufopferung nicht im Interesse des Geschäftsherrn lag, muß dieser dem Geschäftsführer wenigstens dasjenige herausgeben, was durch die Geschäftsführung wirklich in sein Vermögen gebracht worden ist und sich noch gegenwärtig in demselben befindet[23]. Handlungsunfähige Geschäftsherren haften überhaupt nur

---

daß das Rückforderungsrecht auch bei Entschuldbarkeit des Irrthums wegfalle; ich finde dafür keinen Beweis erbracht. S. auch Krüger Arch. f. civ. Pr. LXII S. 207. [Kohler Jahrb. f. Dogm. XXV S. 207.] — Ruhstrat in seiner Schrift über die negotiorum gestio S. 26. 32 fg. und in den Aufsätzen Jahrb. f. Dogm. IX S. 240 fg. und Arch. f. civ. Pr. LXIV S. 132 fg. [und Jahrb. f. Dogm. XXVII S. 71 fg.] vgl. auch seinen Aufsatz über die actio de in rem verso Arch. für civ. Pr. XV. S. 294 fg. und die Bemerkungen krit. VJSchr. XXI S. 365 fg. — übereinstimmend Vangerow III S. 508 in der 7. Aufl. — will eine Ausnahme für den generellen negotiorum gestor machen: bei diesem komme es nur darauf an, ob der Geschäftsherr die Uebernahme der Verwaltung selbst genehmigt haben würde; stehe dieß fest, so sei der negotiorum gestor zu jeder an und für sich verständigen Verwaltungshandlung befugt. Ich halte diese Ausnahme nicht für gerechtfertigt; aber freilich kann nicht bloß der generelle, sondern ein jeder negotiorum gestor sich den Ersatz für solche Auslagen, welche nicht im Sinne des Geschäftsherrn lagen, durch den Nachweis sichern, daß ohne seine Dazwischenkunft Alles verloren gewesen sein würde. Kann der Geschäftsherr in einem solchen Fall wegen Verschuldung des Geschäftsführers einen Ersatz nicht fordern, welcher ihm gemäß der Regel gebühren würde (Note 6), so darf er sich nicht weigern, seinerseits einen Ersatz zu geben, auf welchen der Geschäftsführer der Regel gemäß keinen Anspruch haben würde — einen Ersatz, der immer noch nicht den Nutzen absorbirt, welchen der Geschäftsführer ihm durch seine Thätigkeit wirklich zugewendet hat. Vgl. auch Sturm negotium ꝛc. S. 21 Note 1. Grundprincip ꝛc. S. 7 fg. 19 fg. 26 fg.

[22] L. 9 [10] § 1 l. 11 [12] § 2 l. 21 [22] D. h. t. Vgl. l. 3 § 7. 8. 10 l. 17 pr. D. de in rem verso 15. 3.

[23] Aber man bemerke wohl: er braucht auch nur das in seinem Vermögen wirklich Befindliche herauszugeben, nicht aber statt desselben seinen Werth, sonst würde er durch die Geschäftsführung eines Andern zu einem Umtausch genöthigt werden können, der eben nicht in seinem Interesse liegt. Hat daher z. B. der Geschäftsführer eine Schuld des Geschäftsherrn getilgt, an deren Nichttilgung der Geschäftsherr Interesse hatte (l. 42 [43] D. h. t., Note 17), so kann er nicht etwa unter dem Titel der Bereicherung den Betrag der Schuld dennoch zurückfordern; sondern der Geschäftsherr thut ihm vollkommen genug, wenn er sich erbietet, seinem früheren Gläubiger gegenüber die Schuld wiederherzustellen, und falls der Geschäftsführer, was freilich sehr nahe liegt, dieses Erbieten nicht verwerthen kann, so bekommt er eben gar nichts ersetzt. Sind durch die Aufopferungen des Geschäftsführers körperliche Anlagen bewirkt worden, so gestaltet sich sein Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung zum ius tollendi (I § 195 Note 11. 12), l. 3 § 4 D. de in rem verso 15. 3. Vgl. Wächter Arch. S. 353—356, Leist S. 133—136, Ruhstrat Arch. XXXIV S. 60 fg., Köllner S. 80 Nr. 5.

bis zum Belange der noch jetzt vorhandenen Bereicherung[24]. Durch einen Irrthum über die Person des Geschäftsherrn wird der Ersatzanspruch gegen den wirklichen Geschäftsherrn nicht ausgeschlossen[25].

§ 431*.

Im Vorhergehenden ist der gewöhnliche Fall vorausgesetzt, daß der Geschäftsführer sowohl aus freiem Antriebe, als auch in der Absicht, dem Geschäftsherrn einen Dienst zu erweisen, thätig wird[1]. Es fragt sich, ob das eine und das andere Moment nothwendig ist, damit die vorher dargestellten Grundsätze Platz greifen. Folgende Fälle kommen in Betracht.

1. Der Geschäftsführer nimmt irrigerweise an, er sei von dem Geschäftsherrn zur Besorgung seiner Angelegenheiten beauftragt worden oder stehe in einem sonstigen Verpflichtungsverhältniß zu demselben. Dieser Irrthum hat weder auf seine Verbindlichkeiten noch auf seine Ansprüche Einfluß[2].

2. Der Geschäftsführer ist von einem Dritten (d. h. einem Andern als dem Geschäftsherrn) beauftragt worden[2a]. In diesem Fall kommt es darauf an, ob der Geschäftsführer lediglich im Hinblick auf den ertheilten Auftrag, oder zugleich im Hinblick auf den Geschäftsherrn thätig geworden ist[3]. Im letzten Fall gelten die gewöhnlichen Grund-

[24] L. 5 § 2 [6 pr.] l. 36 [37] pr. D. l. 2 C. h. t. Mit dieser Maßgabe ist gewiß auch l. 3 § 5 D. h. t. zu verstehen. Vgl. übrigens auch Brinz 2. Aufl. II § 321 Note 47.

[25] L. 5 § 1 l. 5 § 10 [6 § 8] D. h. t.

* Hierher gehören im Besonderen die bei § 430 citirten Schriften von E. Zimmermann und von v. Monroy (die letztere in Betreff der bei 4. c) und d) bezeichneten Fälle).

[1] Als Ausgangspunkt der actiones negotiorum gestorum wird in unseren Quellen der Fall der Abwesenheit behandelt, welche so plötzlich eingetreten ist, daß der Geschäftsherr für seine Vertretung keine Sorge hat tragen können. L. 1 D. h. t., l. 5 pr. D. de O. et A. 44. 7, § 1 I. de obl. quasi ex contr. 3. 27. Vgl. Seuff. Arch. XIX. 42. Ein anderer Fall war im Edicte ausdrücklich vorgesehen, der Fall des Todes bei unangetretener Erbschaft, l. 3 pr. § 6 D. h. t. § 431.

[2] L. 3 § 10 l. 5 pr. l. 28 [29] D. l. 6 C. h. t., l. 4 C. qui dare tut. 5. 34. Vgl. l. 18 [19] § 2 D. h. t. (ein freier Mensch wird thätig auf Befehl seines vermeintlichen Herrn: — „erit . . negotiorum gestorum actio, quia et gerendi negotii mei habuerit affectionem, et is fuerit, quem obligare possem“). Seuff. Arch. XII. 157.

[[2a] Vgl. zum Folgenden Kohler Jahrb. f. Dogm. XXVII S. 75—94.]

[3] L. 3 § 10. 11 D. h. t., l. 18 C. h. t. L. 3 § 11 cit. „Apud Marcellum libro II. Dig. quaeritur, si, cum proposuissem negotia Titii gerere, tu mihi mandaveris, ut geram, an utraque actione uti possim? Et ego puto, utramque locum habere: quemadmodum ipse Marcellus scribit, si

säße von der Geschäftsführung[4]; im ersten Fall dagegen ist der Geschäftsführer lediglich dem Auftraggeber gegenüber berechtigt und verpflichtet[5], und nur im Nothfall wird ihm ein Ersatzanspruch auch gegen denjenigen zugestanden, in dessen Angelegenheiten er thätig geworden ist[6]. Hierzu ist jedoch zu bemerken: a) daß der Geschäftsführer dem Geschäftsherrn jedenfalls dann haftet, wenn er es übernommen hat, demselben etwas ihm von dem Auftraggeber Uebergebenes einzuhändigen[7]; b) daß, wenn der Auftrag in der irrigen Annahme gegeben und angenommen worden ist, der Auftraggeber sei der Geschäftsherr, statt der Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Auftrag die Rechte und Verbindlichkeiten aus der Geschäftsführung zwischen dem Geschäftsführer und dem wirklichen Geschäftsherrn entstehen[8].

3. Der Geschäftsführer wird in der Absicht, das Interesse eines Dritten (d. h. eines Andern als des Geschäftsherrn) zu wahren, aus eigenem Antriebe thätig. Hält er dann diesen Dritten irrigerweise für den Geschäftsherrn, so entstehen die Rechte und Verbindlichkeiten aus der Geschäftsführung nicht zwischen ihm und dem vermeintlichen, sondern zwischen ihm und dem wirklichen Geschäftsherrn[9]. Weiß er

---

fideiussorem accepero negotia gesturus: nam et hic dicit, adversus utrumque esse actionem". Vgl. l. 5 § 6 [6 § 9] D. h. t.: — „si et tuum gessit sciens". Ueber die in dieser und der vorigen Note citirten Stellen l. 3 § 10 D. und l. 18 C. h. t. vgl. übrigens auch Wlassak S. 140 fg.

[4] Von diesem Falle handeln außer der in der vorigen Note citirten l. 3 § 11 D. h. t., l. 4 C. h. t. (actio negotiorum gestorum directa) und l. 14 eod. („invicem negotiorum gestorum competit actio"). Vgl. Seuff. Arch. XV. 1.

[5] Von diesem Falle handeln l. 20 [21] § 3 l. 27 [28] D. h. t., l. 22 § 10 l. 53 D. mand. 17. 1, l. 14 § 15 D. de relig. 11. 7 (Note 6). A. M. Thibaut civil. Abhandlungen Nr. 20 [dagegen Kohler a. a. O. S. 89 Note 1]. Zu l. 27 [28] cit. vgl. § 258 Note 19.

[6] Nach dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung. L. 14 § 15 de relig. 11. 7. „Qui mandatu alterius funeravit, non habet funerariam actionem . . . Quod si pupillus mandavit sine tutore auctore, utilem funerariam dandam adversus heredem ei, qui impendit; lucrari enim heredem iniquum est". Dieser Grund schließt die Annahme aus, als handele es sich hier um eine Eigenthümlichkeit der actio funeraria. Ueberdieß findet sich die gleiche Entscheidung in l. 7 D. ad SC. Vell. 16. 1.

[7] L. 5 § 4 [6 § 2] D. h. t. „Si quis pecuniam vel aliam quandam rem ad me perferendam acceperit, quia meum negotium gessit, negotiorum gestorum mihi actio adversus eum competit".

[8] L. 25 [26] D. h. t. — Zimmermann S. 38 nimmt in diesem Fall, wie in dem der vorigen Note, ächte negotiorum gestio an. Brinz 2. Aufl. II S. 652 Note 84 nimmt ächte negotiorum gestio ohne Mandat an.

[9] L. 5 § 1 l. 5 § 10—13 [6 § 8—11] l. 30 [31] § 1 l. 44 [45] § 2 D. h. t., l. 14 § 1 D. comm. div. 10. 3. Vgl. aber auch Zimmermann a. a. O. S. 34

dagegen, daß der Dritte nicht der Geschäftsherr ist, so ist wieder zu unterscheiden, wie zuvor: hat der Geschäftsführer trotz des Hinblicks auf den Dritten zugleich die Absicht, Geschäftsführer desjenigen zu sein, dessen Geschäfte er besorgt, so treten zwischen ihm und diesem Letzteren die gewöhnlichen Grundsätze von der Geschäftsführung ein; handelt er dagegen lediglich im Hinblick auf den Dritten, so ist er nur diesem gegenüber berechtigt wie verpflichtet, und zwar nach den Grundsätzen der Geschäftsführung[10], und bloß im Nothfall wird ihm auch hier ein Anspruch gegen den wirklichen Geschäftsherrn gestattet[11].

4. Der Geschäftsführer wird in der Absicht, sein eigenes Interesse zu wahren, thätig. Von diesem Falle[11a] ist im Allgemeinen zu sagen, daß auch in ihm die Rechte und Verbindlichkeiten aus der Geschäftsführung nicht ausgeschlossen sind[12]. Jedoch gilt hier folgendes Besondere.

a) Wenn ein Theilhaber in Betreff des ihm mit einem Andern gemeinschaftlichen Gegenstandes thätig wird, so greifen nicht die Grundsätze von der Geschäftsführung, sondern die Grundsätze von der Gemeinschaft Platz; anders wenn der Theilhaber nicht in Betreff des gemeinschaftlichen Gegenstandes, sondern für seinen Antheil und zugleich für den Antheil des Genossen thätig wird[13].[13a]

Nr. 2. Einfluß der Genehmigung durch den vermeinlichen Geschäftsherrn, l. 5 § 11—13 [6 § 9—11] h. t. Seuffert a. a. O. S. 16 fg. Zimmermann S. 58 fg.

[10] L. 5 § 2 [6 pr.] (vgl. l. 3 § 5) l. 45 [46] pr. D. h. t., l. 60 § 1 D. mand. 17. 1. Etwas anders Brinz 2. Aufl. II S. 649 lit. d.

[11] Arg. l. 14 § 15 D. de relig. 11. 7 (Note 6) und s. auch l. 5 § 8 [6 § 6] D. h. t.

[[11a] Vgl. zu demselben Kohler a. a. O. S. 111 fg.]

[12] Beispiele aus den Quellen: Jemand zahlt den auf seinen Mitgefangenen fallenden Theil des Lösegeldes, weil er sonst selbst nicht frei werden kann, l. 20 [21] pr. D. h. t.; Jemand zahlt den auf seinen Miterben fallenden Theil der Schuld, um selbst dem Pfandverkauf zu entgehen, l. 3 C. h. t.; Jemand bezahlt einen fremden Gläubiger aus, um das demselben haftende Pfand zu erlangen (er hofft dadurch, daß er dieses Pfand mit einem andern ihm haftenden Pfand verkauft, für letzteres einen besseren Preis zu erzielen), l. 31 [32] pr. D. h. t.; ein Correal- oder Solidarschuldner zahlt auf Grund seiner Verpflichtung eine materiell den Mitschuldner, allein oder in erster Linie, treffende Schuld, l. 29 [30] D. h. t., vgl. l. 10 § 10 D. de in rem verso 15. 3, vgl. § 294 Note 3, § 298 Note 12, § 299 Note 3, [Kohler a. a. O. S. 118 fg.]. S. ferner l. 19 § 2 D. comm. div. 10. 3, und vgl. l. 30 [31] § 7 D. h. t. Vgl. auch § 403 Note 14.

[13] Den im Texte bezeichneten Gegensatz drücken die Quellen in einer Weise aus, daß daraus zugleich eine Beantwortung der Frage hervorgeht, wann anzunehmen sei, daß der Theilhaber für den gemeinschaftlichen Gegenstand, und wann, daß er für die beiderseitigen Antheile thätig geworden sei. L. 6 § 2 D. comm. div. 10. 3: — „non alias communi dividundo iudicio locus erit . .

b) Der zum Zweck seiner Befriedigung in das Vermögen des Schuldners eingewiesene Gläubiger haftet nur wegen Arglist, und kann Ersatz für alle Aufopferungen verlangen, welche er ohne Arglist gemacht hat[14].

c) Wer fremdes Vermögen arglistigerweise als eigenes behandelt[14a], haftet[15] für den nachtheiligen Erfolg seiner Handlungen auch

---

nisi id demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit, alioquin, si potuit, habet negotiorum gestorum actionem eaque tenetur". S. ferner l. 6 § 7 eod., l. 39 [40] D. h. t., l. 18 § 6 l. 25 § 13—15 D. fam. erc. 10. 2, l. 18 § 1 l. 20 C. eod. 3. 36, l. 19 C. de neg. gest. 2. 18 [19], l. 9 § 4 D. de reb. auct. iud. 42. 5 (Note 14). Hierher gehört im Besonderen die bei * citirte Schrift von Brinkmann. S. auch Brinz 2. Aufl. II S. 651. [Heck das Recht der großen Haverei (1889) S. 542 fg.] Vgl. § 449 Note 5. 10.

[13a] Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 334 fg. (vgl. XXIII S. 292) und Eck die doppelseitigen Klagen S. 135 fg. erklären auch die Entscheidungen der in Note 12 genannten Stellen (mit Ausnahme der l. 31 [32] pr. D. h. t.) aus einem Gemeinschaftsverhältniß; die actio negotiorum gestorum sei in diesen Fällen ihrer wahren Natur nach eine Gemeinschaftsklage. Vgl. § 449 Note 11a. Aber warum ohne Noth der actio negotiorum gestorum eine Bedeutung beilegen, welche mit ihrem Namen nicht verträglich ist? Oder ist es nicht wahr, daß Jemand eine Aufwendung animo negotium alienum gerendi machen kann, obgleich ihm die Veranlassung und wohl gar die Nöthigung zu dieser Aufwendung aus seinen eigenen Angelegenheiten erwachsen ist? Die praktische Bedeutung der Ansicht von Ihering und Eck ist, soviel ich sehe, die, daß der Aufwendende soll zurückfordern können auch wenn er die Aufwendung ohne animus negotia gerendi gemacht hat. Aber wenn in Kenntniß der Sachlage, gewiß nicht; und wenn er sich im Irrthum befand, so greift der Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung durch. Vgl. Note 18. Dieß Letztere bestreitet zwar Ihering (S. 332), weil das Aufgewendete primär dem Aufwendenden selbst zu Gute gekommen sei. Allein wenn dieß in einem gegebenen Fall in dem Sinne wahr ist, daß der Aufwendende in dem, was ihm durch die Aufwendung zugekommen ist, den vollen ökonomischen Ersatz für das Aufgewendete hat, und nicht bloß nach formaler, sondern auch nach materieller Rechtsbetrachtung, so steht ihm nach meiner Ueberzeugung ein Ersatzanspruch überhaupt nicht zu; wenn aber dieß nicht der Fall ist, so wüßte ich nicht, was der Anwendbarkeit der condictio sine causa entgegen stände. Auch Eck (S. 139) erklärt den Satz für unrichtig, daß eine eigene Aufopferung, wodurch einem Dritten eine solche erspart wird, ohne Weiteres die condictio sine causa begründe. Eine eigene Aufwendung gewiß nicht; aber eine eigene Aufopferung, in dem soeben bezeichneten Sinn, ebenso gewiß doch. Eine mittlere Meinung bei Sturm S. 75.

[14] Für diesen Fall hatte der Prätor in seinem Edict eine besondere actio aufgestellt (l. 9 pr. D. de reb. auct. iud. 42. 5): — „nam negotiorum gestorum agere non magis potest, quam si socius commune aedificium fulsit, quia hic quoque creditor commune, non alienum negotium gessisse videtur" (l. 9 § 4 eod.); aber: „omne, quod in actionem negotiorum gestorum veniret, si posset agi, restituendum a creditore" (l. 14 § 1 eod.). Ueber die im Texte bezeichneten Eigenthümlichkeiten dieser actio in factum s. l. 9 § 2. 4. 5 eod., und vgl. im Allgemeinen l. 9. 10. 11 eod. L. 10 § 1 C. de bon. auct. iud. 7. 72.

[14a] An die Stelle der hier und bei d gebrauchten Kategorie (Behandlung fremden Vermögens als eigenen) will v. Monroy a. a. O. die andere setzen:

dann, wenn er an demselben nicht schuld ist[16], und kann Ersatz für seine Aufopferungen nur insoweit verlangen, als der Eigenthümer durch den Erfolg derselben noch jetzt bereichert ist[17].

d) Wer fremdes Vermögen im Glauben, es sei sein eigenes, als eigenes behandelt, haftet dem Eigenthümer und ist berechtigt gegen denselben nur nach dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung[18].

Ausübung fremder Vermögensrechte durch Vornahme von Rechtsgeschäften über fremde Vermögensgegenstände oder durch Verwaltung fremden Vermögens.

[15] L. 5 § 5 [6 § 3] D. h. t. „Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit, suum eum potius, quam meum negotium gessisse; qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilo minus, immo magis, et is tenebitur negotiorum gestorum actione".

[16] L. 31 [32] pr. D. h. t., l. 6 § 2 D. comm. div. 10. 3. — Herausgabe des Erlangten: l. 3 C. arb. tut. 5. 51. Seuff. Arch. XXVII. 227, XXXVII. 308, XL. 103 (RG.), vgl. XIII. 156 (S. 218). Entscheid. des OAG. zu Rostock IX S. 89 fg.

[17] Die l. 5 § 5 [6 § 5] D. h. t. (Note 15) fährt fort: „Ipso tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id, quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem". Die improba negotiorum gestio soll hier offenbar einer besondern Behandlung unterworfen werden; deßwegen darf nicht angenommen werden, daß die Bereicherung in die Ersparung einer Ausgabe gesetzt werde, welche auch der Eigenthümer gemacht haben würde. Doch gibt die l. 5 C. de R. V. 3. 32 dem unredlichen Besitzer einer fremden Sache wegen der necessarii sumtus ein Retentionsrecht schlechthin.

[18] Zimmermann S. 5 fg. Seuff. Arch. XXI. 51, [XLII. 205]. Entsch. d. RG. XIII S. 184. 185. Die actio negotiorum gestorum ist in diesem Fall, wie in dem Falle der Note 17, nur eine andere Form für die condictio sine causa (§ 424 Note 1 a. E.). a) Verhaftung. Darin, daß der Handelnde nur nach dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung haftet, liegt, daß er auf Herausgabe des Erlangten nicht mehr haftet, wenn er dasselbe ohne seine Schuld verloren hat, und nur dann, wenn das Vermögen des Eigenthümers in entsprechender Weise vermindert worden ist. L. 48 [49] D. h. t. „Si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emtor vendiderit, eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses". Nach dem Recht der negotiorum gestio würde der Eigenthümer ein Recht auf Herausgabe des Kaufpreises auch vor Untergang der Sache haben (§ 430 Note 9). In l. 23 D. de R. C. 12. 1 wird für den bezeichneten Fall geradezu eine condictio gegeben (§ 422 Note 4. b, vgl. § 421 Note 17). Haftet der Handelnde aber auch dann, wenn die Vermögensverminderung des Eigenthümers ihren Grund in seiner Genehmigung der über seine Sache getroffenen Verfügung hat? Vgl. über diese schwierige und bestrittene Frage einerseits Zimmermann S. 55 fg., andererseits v. Monroy S. 98 fg.; auch Windscheid in dem § 422 Note 2 citirten Programm S. 10 fg. b) Berechtigung. Die l. 48 [49] D. cit. fährt fort: — „sicut ex contrario in me tibi daretur, si, cum hereditatem, quae ad me pertinet, tuam putares, res

C. Vormundschaft und Güterpflege*.

1. Vormundschaft über Unerwachsene.

Einleitung.

§ 432.

Der Ausdruck Vormund[1] bezeichnet eine Person, die zur Sorge für Jemanden, welcher selbst für sich zu sorgen nicht vermag, unter staatlicher Autorität berufen ist und ihr Amt unter staatlicher Aufsicht verwaltet[2]. Die Vormundschaft begründet ein Verpflichtungs-

tuas proprias legatas solvisses, quando quidem ea solutione liberarer" (§ 426 Note 10). L. 14 § 11 D. de relig. 11. 7. „Si quis, dum se heredem putat, patremfamilias funeraverit, funeraria actione uti non poterit, quia non hoc animo fecit, quasi alienum negotium gerens, et ita Trebatius et Proculus putat. Puto tamen et ei ex causa dandum funerariam" (vgl. § 15 eod., Note 6). L. 32 pr. eod., l. 50 § 1 D. de H. P. 5. 3. Doch ist Streit darüber, wie weit man auf Grund dieser Stellen gehen dürfe. Eine Reihe von Schriftstellern will bei den speciellen in denselben genannten Fällen stehen bleiben; so, wenn auch im Einzelnen abweichend, Kämmerer in dem bei * citirten Aufsatz, Chambon S. 140 fg., Witte § 4. 5, und theilweise auch Köllner S. 29 fg. 42 fg. 48 fg., welcher letztere Schriftsteller l. 48 [49] cit. durch eine mehr als kühne Interpretation ganz zu beseitigen sucht. Andere, wie namentlich Vangerow, leiten aus jenen Stellen nur die Regel her, daß der Eigenthümer die durch Tilgung von Verpflichtungen ihm zugegangene Bereicherung ersetzen müsse. Auf die Bereicherung als solche, jedoch theilweise nicht ohne Abweichungen im Einzelnen, stellen die Regel Leist S. 135 fg., Ruhstrat XXXIV S. 68 fg., Brinkmann S. 19 fg., Stintzing Heid. krit. Zeitschr. III S. 170 fg. IV S. 233 fg., Zimmermann S. 65 fg., Schröder das Commodum bei der Erbschaftsklage S. 17 fg., Brinz 2. Aufl. II § 321 Note 13. 50. Schwierigkeit machen dabei allerdings die Stellen, welche von dem Ersatz der von einem gutgläubigen Besitzer auf fremde körperliche Sachen gemachten Verwendungen handeln (§ 422 Note 7), insofern als dieselben nur ein Retentions-, kein Klagerecht bewilligen. Aber jedenfalls bewilligen sie doch einen Anspruch, und so erscheint es viel unbedenklicher, in ihnen eine Ausnahme von der Regel zu sehen, als umgekehrt den Ausdruck der Regel, daß die wirkliche Bereicherung an und für sich nicht zurückgefordert werden könne. Vgl. auch Kohler Jahrb. f. Dogm. XVII S. 377. — Das Nähere der Dogmengeschichte, in Betreff der actio directa und contraria, s. in der Schrift von Aarons.

* Inst. 1. 13—26. Dig. lib. 26. 27. Cod. 5. 28—75. — Rudorff das Recht der Vormundschaft aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwickelt. 3 Bde. 1832—1834. Rec. des ersten Bandes von Bethmann-Hollweg, Rhein. Mus. VI. S. 206—256. — Kraut die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts. 3 Bde. 1835. 1847. 1859. — Glück XXVIII S. 435 — XXXIII S. 310. Heimbach im Rechtslex. XIII S. 327—964. Unterholzner II S. 628—650, Sintenis III § 144—157, Vangerow I § 261—294, Brinz 1. Aufl. § 285—306. 2. Aufl. II § 322, Stobbe VI § 263—277.

§ 432. [1] S. über diesen Ausdruck Kraut I S. 1.

[2] Pr. I. de excus. 1. 25: — „nam et tutelam et curam placuit publicum munus esse". — Die Sorge, welche der Staat darauf richtet, daß ein Vor-

verhältniß zwischen dem Mündel und dem Vormund in ähnlicher Weise, wie ein Verpflichtungsverhältniß durch den übernommenen Auftrag und die freiwillige Besorgung fremder Angelegenheiten begründet wird[3]. Die Vormundschaft begründet ferner ein Recht des Vormundes, den Mündel bei Rechtshandlungen zu vertreten, und über sein Vermögen zu verfügen. Diese beiden Seiten der Vormundschaft sind hier darzustellen. Eine dritte Seite der Vormundschaft, kraft deren dieselbe dem Vormund auch die Pflicht und die Macht gibt, für die Person des Mündels zu sorgen, gehört nicht an den gegenwärtigen Ort des Systems, sondern in das Familienrecht[4].

Unter den einzelnen Fällen der Vormundschaft ist der bei weitem wichtigste und der rechtlich am weitesten ausgebildete der der Vormundschaft über Unerwachsene.

---

mund vorhanden sei, und daß derselbe sein Amt ordentlich verwalte, nennt man die Obervormundschaft. Rudorff I § 2, Kraut I § 9. 10, Stobbe § 266. 269. Es ist eine der wichtigsten legislatorischen Fragen, wie weit die Obervormundschaft gesteigert werden soll. Das heutige gemeine Recht geht darin weiter, als das römische, und Particularrechte sind noch weiter gegangen.

[3] Das Verpflichtungsverhältniß zwischen dem Vormund und dem Mündel ist, wie das durch die freiwillige Geschäftsbesorgung begründete (§ 430 Note 2), „quasi ex contractu“, § 2 I. de obl. quasi ex contr. 3. 27, l. 5 § 1 D. de O. et A. 44. 7.

[4] Nach dieser Seite betrachtet ist die Vormundschaft eine künstliche Ergänzung des durch das Familien-, im Besonderen das Elternverhältniß gewährten Schutzes. — Die Meisten (anders von den Neueren nur Unterholzner und Puchta) handeln die Vormundschaft auch nach ihrer vermögensrechtlichen Seite im Familienrecht ab. Hierfür spricht die Analogie der Ehe, bei welcher das gleiche Verfahren ganz allgemein eingehalten wird. Doch verzweigen sich die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe weiter über das ganze Rechtssystem, als die der Vormundschaft, welche letztere sich an Auftrag und negotiorum gestio so natürlich anschließt, daß sie nicht ohne Gewaltsamkeit davon getrennt werden kann. Allerdings gehört strenge genommen in das Obligationenrecht nur das durch die Vormundschaft begründete Verpflichtungsverhältniß, nicht auch das Vertretungs- und Verfügungsrecht des Vormundes. Aber noch viel weniger gehört diese letztere Seite der Vormundschaft in das Familienrecht; ihre eigentliche Stelle wäre im allgemeinen Theil, wo sie nur aus Zweckmäßigkeitsgründen nicht (näher) abgehandelt wird. So sehr es sich aber empfiehlt, die vermögensrechtliche Seite der Vormundschaft im Obligationenrechte abzuhandeln, so wenig halte ich es für gerechtfertigt, sie, wie dieß Puchta thut, aus dem Familienrechte ganz auszuweisen. Die Vormundschaft wird also in diesem Lehrbuche im Familienrecht noch einmal erscheinen. Bei dieser Anordnung entsteht nur die Frage, an welchem Orte die Grundsätze über die Begründnng und Beendigung der Vormundschaft vorgetragen werden sollen. Da kein Grund vorhanden ist, die Darstellung dieser Grundsätze zu verschieben, umgekehrt das Verständniß des Folgenden mannichfach durch die Kenntniß derselben bedingt ist, so werden sie sogleich hier vorgetragen. Vgl. noch Sintenis III § 130 Anm. 2, Böcking Grundr. II § 293 Note 1, Kuntze In systemate iuris civilis hodierni doctrina de tutela num iuri obligationum adscribenda sit. Lipsiae 1851.

Unerwachsene stehen unter Vormundschaft bis zum vollendeten 21. Jahre[5].[6] Das römische Recht machte unter den Minderjährigen einen Unterschied zwischen den Geschlechtsunreifen und den Geschlechtsreifen. Die Vormundschaft über jene hieß tutela, und trat mit Nothwendigkeit ein; die Vormundschaft über diese hieß cura, und trat nur dann ein, wenn der Minderjährige sie begehrte[7]. Doch war die recht-

---

[5] Dieß ist das gegenwärtige gemeine deutsche Recht, seit dem (mit dem 1. Januar 1876 in Kraft getretenen) Reichsgesetz vom 17. Februar 1875. Die römische Grenze war das vollendete 25. Jahr. S. I § 54 Note 8. 9. — Nach älterem römischen Recht konnte der Unerwachsene nur dann einen Vormund haben, wenn er keiner väterlichen Gewalt unterworfen war, vgl. pr. I. de tutelis 1. 13, l. 239 pr. D. de V. S. 50. 16. Dieß hatte seinen Grund darin, daß der unter väterlicher Gewalt stehende nicht fähig war, etwas Eigenes zu haben. Seit derselbe Vermögensfähigkeit erlangt hat, ist zu unterscheiden zwischen dem s. g. peculium adventicium ordinarium einerseits, und dem s. g. peculium adventicium extraordinarium sowie dem peculium castrense und quasi castrense andererseits. Das Erstere steht auch jetzt nicht unter Vormundschaft, sondern unter selbstnütziger väterlicher Verwaltung; für die anderen Peculien aber bekommt das Kind in der That einen Vormund (curator), obgleich das römische Recht den Vater, wenn von ihm die vormundschaftliche Verwaltung geführt wird, nicht so nennt. L. 8 § 1 C. de bon. quae lib. 6. 61, Nov. 117 c. 1, vgl. l. 7 pr. C. de cur. fur. 5. 70. Vgl. Glück XIV S. 390, Marezoll Zeitschr. für Civ. u. Pr. VIII S. 441. 442, Vangerow I § 237 Anm. 2 Nr. 2, Sintenis III § 141 Note 52, Fitting das castrense peculium S. 177. 358. 385 unt., Stobbe § 255 Note 9. — Handlungsunfähigkeit des unter väterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen und Ergänzung derselben durch den Vater: Kraut II § 108, Stobbe § 256; Seuff. Arch. VII. 197, XIII. 241, XV. 113. [Entsch. d. RG. XV S. 195. 200.]

[6] Von der Regel, daß Minderjährige unter Vormundschaft stehen, macht Kraut II S. 182 fg. 667 fg. für das heutige Recht eine Ausnahme in Betreff der verheiratheten Mündelin, sowie in Betreff des Sohnes, welcher durch Begründung eines selbständigen Haushaltes aus der väterlichen Gewalt ausgeschieden ist — mit Berufung auf älteres deutsches Recht und gemeines Gewohnheitsrecht. Ebenso (im Ausdruck auch den Fall der Emancipation mit umfassend) Seuff. Arch. XIII. 241 (S. 339); ferner das. XVI. 96, wo aber angenommen wird, daß mit Auflösung der Ehe für die minderjährige Frau wieder Vormundschaft eintrete. Vgl. auch § 437 Note 5.

[7] Die tutela ist das ältere Rechtsinstitut; die cura ist zuerst als Unterstützung der Minderjährigen bei einzelnen Rechtsgeschäften durch die lex Plaetoria (nicht später als die zweite Hälfte des 6. Jahrh. der Stadt), als generelle Geschäftsführung durch eine Constitution des K. Marcus eingeführt worden. Capitol. in Marco c. 10. Doch wurde auch nach dieser letzten Constitution dem minor ein curator nur auf sein Begehren gegeben. „Inviti adolescentes curatores non accipiunt . .“, § 2 I. de cur. 1. 23; s. ferner l. 13 § 2 D. de tut. dat. 26. 5, l. 2 § 4. 5 D. qui petant 26. 6, l. 6 C. eod. 5. 31. Von der anderen Seite war es die Pflicht des abtretenden tutor, den Mündel zur Erbittung eines curator zu ermahnen (l. 5 § 5 D. de adm. 26. 7), und nur einem solchen brauchte der tutor das Vermögen des Mündels herauszugeben (l. 7 C. qui petant 5. 31), sowie der minor auch zu jeder anderen Zahlungsannahme (l. 7 § 2 D. de min. 4. 4) und ferner zur Proceßführung (§ 2 I. de cur. 1. 23,

liche Stellung des tutor und des curator im Wesentlichen die gleiche[8], eine verschiedene hauptsächlich nur bei der Mitwirkung zu den Rechtshandlungen des Mündels[9]. Heutzutage hat der Minderjährige einen Vormund[10], und es tritt weder, wenn schon vor der Geschlechtsreife eine Vormundschaft bestand, mit der Geschlechtsreife ein Wechsel der

l. 1 C. qui pet. 5. 31) eines curator bedurfte. So erklärt es sich, daß trotz der dem minor eingeräumten Freiheit unsere Quellen es als das Regelmäßige ansehen, daß er unter cura stehe. S. namentlich l. 1 § 3 l. 2 l. 3 pr. D. de min. 4. 4. — Vgl. über das hier Gesagte vorzugsweise den Aufsatz von Savigny „über den Schutz der Minderjährigen im römischen Recht, und insbesondere von der lex Plaetoria", zuerst in den Abhandl. der Akademie der Wissenschaften zu Berlin 1833 S. 1 fg., dann mit Zusätzen in der Zeitschrift für gesch. RW. X S. 232 fg. (und in den vermischten Schriften II S. 321 fg.); ferner Rudorff I S. 90 fg. 406 fg., Vangerow I § 291 Anm. 1, Huschke Zeitschr. f. RG. XIII S. 311 fg.

[8] Man kann sagen: der tutor in seiner Eigenschaft als Vertreter des impubes und Verwalter seines Vermögens war sein curator, obgleich er nicht so hieß. S. aber auch § 438 Note 17. Was ihn als tutor auszeichnete, war lediglich das Recht der Ergänzung der Handlungsunfähigkeit des impubes durch auctoritatis interpositio. In diesem Sinne ist der früher häufig mißverstandene Satz zu verstehen: tutor personae, non rei vel causae datur (l. 14 D. de test. tut. 26. 2, § 4 I. qui test. tut. 1. 14). Im älteren Recht gab es Tutoren — die Tutoren geschlechtsreifer Frauen — welche lediglich auctoritatis interpositio, nicht Vermögensverwaltung hatten. Ulp. XI. 25, Gai. I. 190. 191. — Vgl. über das hier Gesagte Vangerow § 263 Anm., und aus der von ihm verzeichneten Literatur namentlich den Aufsatz von v. Löhr im Magazin f. RW. und Gesetzg. III S. 15 fg. 435 fg.

[9] Die Mitwirkung des tutor bestand in der auctoritatis interpositio, d. h. einer unmittelbaren Theilnahme an der Rechtshandlung des impubes, durch welche Theilnahme dessen Handlungsunfähigkeit ergänzt werden sollte (Note 8). Die Mitwirkung des curator war ein gewöhnlicher consensus, durch welchen der Mangel der Verfügungsgewalt des minor gehoben werden sollte, und welcher sich in Nichts von der Gestattung unterschied, durch welche z. B. der Eigenthümer die Verfügung des Nichteigenthümers zu einer rechtlich wirksamen macht. Vgl. § 442 Note 3.

[10] R. P. O. v. 1548 Tit. 31 § 1. v. 1577 Tit. 31 § 1: — „so wöllen wir allen und jeden Churfürsten, Fürsten, Prälaten, Herren, Grafen, von Adel, und Communen hiermit ernstlich auferlegt und befohlen haben, in ihren Fürstenthumen, Herrschaften, Obrigkeiten und Gebieten dermaßen Vorsehung zu thun und zu verordnen, daß den Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihren Vogtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher, da die ihnen von ihren Eltern in Testamenten oder letzten Willen nit verordnet, oder ihre angeborne Freund und Verwandten sich der Vormündschaft aus rechtmäßigen Ursachen nit unterziehen wollten oder darzu füglich und geschickt wären, gegeben werden". — Im älteren deutschen Recht kommt ein ähnlicher Gegensatz vor, wie der römische zwischen dem impubes und dem minor, der Gegensatz zwischen demjenigen, welcher „zu seinen Jahren", und demjenigen, welcher „zu seinen Tagen" gekommen ist; jener bedarf eines Vormundes, dieser kann einen Vormund haben, wenn er will. Vgl. über das Nähere Kraut I § 12—16, Rudorff I S. 109 fg., Stobbe I § 40. I. IV § 264.

Person ein[11], noch erfolgt, wenn das Bedürfniß der Vormundschaft sich erst nach erreichter Geschlechtsreife ergibt, die Berufung zur Vormundschaft nach anderen Grundsätzen, als die Berufung zur Vormundschaft über einen Geschlechtsunreifen[12].

a. Begründung der Vormundschaft.

α. Berufung.

§ 433.

Die Berufung[1] zur Vormundschaft über einen Unerwachsenen erfolgt durch letzten Willen, Gesetz, obrigkeitliche Ernennung[2].

1. Zuerst wird zur Vormundschaft berufen der letztwillig Ernannte[3]. Das Recht zur letztwilligen Ernennung hat nur der Vater bez. Großvater ꝛc., in dessen Gewalt das Kind steht, der Großvater ꝛc. jedoch nur dann, wenn das Kind durch seinen Tod frei von Gewalt wird[4]. Die Ernennung muß in einem gültigen und durch Erbschaftsantritt zur Wirksamkeit gelangenden Testament[5] oder in einem testamentarisch bestätigten Codicill geschehen[6]; sie kann nicht auf einzelne Sachen oder Geschäfte beschränkt werden[7]; der Ernannte muß indi-

---

[11] Kraut II S. 163, Rudorff I S. 116.

[12] R. P. O. a. a. O. (Note 10). Kraut II S. 235. 258; Rudorff I S. 116.

§ 433. [1] Tutela, cura defertur. S. z. B. l. 7 pr. D. de cap. min. 4. 5, l. 1 pr. l. 3 pr. l. 6 D. de leg. tut. 26. 4.

[2] Nach heutigem Recht auch durch Vertrag? S. Kraut I § 28, Beseler § 146. IV (4. Aufl. § 134. IV), Stobbe § 270 Note 22 fg., Holzschuher III S. 775. — Die römische cura hatte nur Einen Berufungsgrund: Ernennung (bez. Bestätigung [Note 10]) durch die Obrigkeit.

[3] Dig. 26. 2 Cod. 5. 28 de testamentaria tutela.. Glück XXIX S. 197 fg., Rudorff I S. 266 fg. I S. 258 fg., Stobbe IV S. 476 fg.

[4] L. 1. 2 D. h. t., l. 73 § 1 D. de R. I. 50. 17, § 3. 4 I. de tut. 1. 13; Gai. I. 144—146, Ulp. XI. 15. Dieses Recht des Vaters ꝛc. war durch die 12 Taf. garantirt, Ulp. XI. 14, l. 1 pr. D. h. t., l. 53 pr. l. 120 D. de V. S. 50. 16. Ueber und gegen die Ansicht, daß durch die R. P. O. a. a. O. (§ 432 Note 10) die Mutter dem Vater gleichgestellt worden sei, s. Kraut I S. 259 fg.

[5] Erforderlichkeit der Erbeseinsetzung: l. 53 pr. D. de V. S. 50. 16, — des Erbschaftsantritts l. 9 D. h. t., l. 45 § 1 D. de excus. 27. 1. Ist es noch ungewiß, ob der Erbschaftsantritt erfolgen wird, so wird ein interimistischer Vormund durch die Obrigkeit ernannt, l. 10 pr. D. h. t. (Note 25).

[6] L. 3 pr. D. h. t., l. 1 § 1 D. de conf. tut. 26. 3. Fein Forts. v. Glück XLIV S. 229 fg. XLV S. 166 fg. — Bedarf auch die Ernennung selbst einer Form? L. 1 § 1 D. de conf. tut. 26. 3 schließt verba precativa aus (vgl. Gai. II. 289); aber nach l. 15 C. de test. 6. 23 und l. 21 C. de leg. 6. 37 muß wohl jeder Ausdruck des Willens des Erblassers für genügend gehalten werden; s. auch l. 8 C. h. t. Rudorff I S. 308. A. M. Sintenis § 147 Anm. 10. — Anwendung des Libonianischen Senatsbeschlusses: l. 29 D. h. t., l. 18 § 1 D. de lege Corn. de fals. 48. 10. Sintenis a. a. O. Anm. 12.

[7] L. 12—15 D. h. t., § 4 I. qui test. 1. 14. Rudorff I S. 287 fg. —

viduell bezeichnet[8] und erbfähig[9] sein. Eine ungültige letztwillige Ernennung kann aber, mit Ausnahme des Falles, wo sie wegen Unfähigkeit des Ernannten ungültig ist (§ 434 Ziff. 1 a. c.), von der Obervormundschaftsbehörde bestätigt werden[10]. Diese Bestätigung erfolgt, wenn die Ernennung vom Vater rc. ausgegangen ist, ohne Weiteres, Tauglichkeit des Ernannten vorausgesetzt[11]; wenn von der Mutter, nur unter der Voraussetzung gleichzeitiger Erbeseinsetzung des Kindes durch dieselbe[12]; wenn von einem Fremden, nur unter dieser und unter der ferneren Voraussetzung, daß das Kind kein weiteres Vermögen hat[13]. Die Bestätigung ist nicht bloß Recht, sondern auch Pflicht der Obervormundschaftsbehörde[14].

Beschränkung durch Bedingung und Befristung ist zulässig: l. 8 § 1. 2 l. 11 pr. D. h. t., § 3 I. qui test. 1. 14.

[8] L. 20 pr. D. h. t., § 27 I. de leg. 2. 20.

[9] L. 21 D. h. t.

[10] Dig. 26. 3 de confirmando tutore vel curatore. Cod. 5. 29 de confirmando tutore. Einzelne Fälle der Bestätigung aus den Quellen: l. 1 § 1 D. h. t., l. 13 § 12 D. de excus. 27. 1; § 5 I. de tut. 1. 13, l. 7 pr. D. l. 4 C. h. t, Nov. 89 c. 14, l. 2. 4 D. h. t.; l. 3 D. l. 2 C. h. t.; l. 6 D. h. t., l. 40 D. de adm. 26. 7; l. 29 D. de test. tut. 26. 2, l. 18 § 1 D. de lege Corn. de fals. 48. 10; l. 26 l. 31 D. de test. tut. 26. 2. — Der Ausdruck confirmatio, obgleich in den Quellen durchgehends gebraucht, und daher auch hier in der deutschen Bezeichnung festgehalten, ist ungenau. Durch die confirmatio wird nicht die letztwillige Ernennung zu einer gültigen gemacht, sondern der confirmirte Vormund ist ein obrigkeitlich berufener, l. 26 § 2 D. de test. tut. 26. 2, l. 18 § 1 D. de lege Corn. de fals. 48. 10. Dieß (obgleich bestritten, vgl. Rudorff I S. 329 fg., Vangerow § 264 Anm. a. E., Sintenis § 147 Note 39) ist deßwegen nicht weniger wahr, weil der confirmirte Vormund auf Grund des, wenn auch ungültigen, letzten Willens in einzelnen Beziehungen behandelt wird wie ein letztwillig berufener, l. 11 pr. D. h. t., l. 32—34 D. de excus. 27. 1, l. 5 § 2 D. de his quae ut ind. 34. 9, l. 2. 3 l. 11 § 1 D. h. t.; Vat. fr. § 159. 211. 246. Die Analogie der l. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16 (I § 83 Ziff. 2) hier zur Geltung zu bringen, ist äußerst bedenklich. Aber während sonst die obrigkeitliche Berufung nur in Ermangelung der gesetzlichen eintritt, tritt sie hier vor derselben ein: hierin liegt die rechtliche Bedeutung der Confirmation.

[11] Nach römischem Recht wurde in diesem Falle auch die Tauglichkeit des Ernannten einer weiteren Prüfung nicht unterzogen, l. 1 § 2 D. h. t., § 5 I. de tut. 1. 13. Anders nach heutigem Rechte, nach welchem ohne eine solche Prüfung überhaupt kein Vormund zugelassen wird (§ 436 Note 2).

[12] L. 4 D. de test. tut. 26. 2, l. 4 C. eod. 5. 28 (Vangerow I S. 493).

[13] L. 4 vgl. l. 5 D. h. t. Fremder ist auch der Vater gegenüber dem unehelichen Kinde, l. 7 pr. D. h. t. Rudorff I S. 317 Note 11, Vangerow I S. 492 (7. Aufl.), Nov. 89 c. 14.

[14] In einigen Stellen wird zwar nur gesagt, daß die Obrigkeit bestätigen dürfe, oder zu bestätigen pflege, l. 1 § 1. 3 l. 4 D. l. 2 C. h. t. Aber andere Stellen reden zu bestimmt von einem Bestätigenmüssen, als daß an dem im Text aufgestellten Satz gezweifelt werden dürfte. S. § 5 I. de tut. 1. 13, l. 3. 6

2. Gesetzliche Berufung[15] tritt ein: a) wenn gar keine letztwillige Ernennung vorliegt, oder die vorliegende ungültig ist und nicht bestätigt wird[15a]; b) wenn die Wirksamkeit der letztwilligen Ernennung durch eine ihr zugefügte Bedingung oder Befristung definitiv ausgeschlossen ist[16]; c) wenn der letztwillig ernannte Vormund stirbt[17]. Wenn dagegen der letztwillig ernannte Vormund ablehnt, oder zur Verwaltung der Vormundschaft untauglich ist oder wird, oder abgesetzt wird, so tritt nicht gesetzliche, sondern sofort obrigkeitliche Berufung ein[18]. — Berufen werden durch das Gesetz die nächsten Verwandten, in derjenigen Ordnung, in welcher sie zur Erbschaft berufen werden[19], jedoch mit folgenden Maßgaben. a) Berufen werden nur männliche Verwandte. Es können aber Mutter oder Großmutter nach dem Tode ihrer Ehemänner verlangen, daß ihnen mit Ausschluß aller Seitenverwandten die Vormundschaft über ihre Kinder und Enkel obrigkeitlich übertragen werde[20]. b) Vater und Großvater haben ein Ausschlußrecht

---

D. l. 4 C. h. t., l. 26 § 2 D. de test. tut. 26. 2, l. 18 § 1 D. de lege Corn. de fals. 48. 10; vgl. auch l. 16 D. de cur. fur. 27. 10, l. 7 § 5 C. eod. 5. 70. Das Gewicht dieser Stellen wird auch durch l. 3 C. h. t. nicht aufgehoben, zu welcher zu vergleichen sind die Stellen in § 437 Note 15. — Andere unterscheiden je nach den verschiedenen Fällen der Ungültigkeit zwischen einer confirmatio voluntaria und necessaria (vgl. Glück XXIX S. 281, Rudorff I S. 331, Sintenis III S. 198 in der Anm.); aber diese Unterscheidung findet in den Quellen keine Rechtfertigung, da die Quellen in Beziehung auf einen und denselben Fall sich in wechselnder Weise ausdrücken. — Der Bestätigungspflicht auf Seiten der Obervormundschaftsbehörde entspricht auf Seiten des Ernannten ein Recht auf Bestätigung, welches nöthigenfalls durch Rechtsmittel geltend gemacht werden kann (vgl. § 435 Note 3).

[15] Glück XXIX S. 315 fg., Rudorff I S. 186 fg., Kraut I S. 244 fg., Stobbe IV S. 478 fg.

[15a] S. Note 10 fg.

[16] L. 11 pr. D. de test. tut. 26. 2, l. 9 § 2 D. de tutelae 27. 3, § 1 I. de Atil. tut. 1. 20. Bei Schweben der aufschiebenden Bedingung und vor Eintritt der aufschiebenden Befristung wird durch die Obrigkeit ein interimistischer Vormund ernannt (Note 25).

[17] L. 11 § 3 D. de test. tut. 26. 2, l. 6 D. de leg. tut. 26. 4, § 2 I. de leg. agn. tut. 1. 15. S. aber auch l. 11 § 4 D. de test. tut. 26. 2, l. 4 C. in quib. cas. tutorem habenti 5. 36.

[18] L. 11 § 1. 2 D. de test. tut. 26. 2, l. 10 § 7 D. de excus. 27. 1, l. 17 D. de tut. 26. 1.

[19] Das Recht vor der Nov. 118 berief zur Vormundschaft, mit einzelnen Ausnahmen zu Gunsten der Cognaten, die Agnaten (Inst. 1. 15, Dig. 26. 4, Cod. 5. 30, Rudorff I S. 206 fg.); die bezeichnete Novelle aber, nachdem sie bestimmt hat, daß für das Erbrecht lediglich die Cognation entscheiden solle, verfügt in c. 5: „unumquemque secundum gradum et ordinem, quo ad hereditatem vocatur, aut solum aut cum aliis etiam functionem tutelae suscipere, nulla neque in hac parte differentia introducenda de agnatorum seu cognatorum iure . .“. Vgl. Seuff. Arch. IV. 15.

gegenüber den Geschwistern und Geschwisterkindern[21]; steht der Mündel in ihrer Gewalt, so werden sie vor den Geschwistern berufen[21a]. — Wenn der in der Berufungsordnung zunächst Stehende wegen Unfähigkeit nicht berufen wird, oder wenn der Berufene stirbt, so rückt die gesetzliche Berufung auf den Folgenden weiter, während im Falle der Ablehnung, Untauglichkeit oder Absetzung des Berufenen sofort obrigkeitliche Berufung eintritt[22].

3. Obrigkeitliche Berufung[23] tritt ein: a) wenn weder eine letzt-

---

[20] Nov. 118 c. 5, und vgl. die Stellen in § 434 Note 4. a) Mutter und Großmutter können verlangen, daß ihnen die Vormundschaft obrigkeitlich übertragen werde; das Gesetz beruft sie nicht, sondern gibt ihnen ein Recht auf Berufung. b) Dieses Recht steht ihnen nur zu „amissis viris" und gegen Verzicht auf „aliae nuptiae" (§ 434 Ziff. 1. a), l. 2 C. quando mulier 5. 35, Nov. 118 c. 5; daher schließt der Vater die Mutter und der Großvater die Großmutter aus. c) Die Mutter geht dem Großvater vor, die Großmutter concurrirt mit dem Großvater der anderen Linie; denn das Gesetz gibt der Mutter und Großmutter Anspruch auf die Vormundschaft „secundum hereditatis ordinem". Doch sind die Meinungen hier verschieden. Glück S. 59 fg., Vangerow S. 496, Rudorff I S. 258.

[21] Dieses Recht ist in der Nov. 118 c. 5 nicht ausdrücklich anerkannt; aber es lag gewiß nicht in Justinian's Sinne, daß Vater und Großvater in einer schlechteren Lage sein sollten, als Mutter und Großmutter. Er setzt den regelmäßigen Fall voraus, daß ein Bedürfniß zur Vormundschaft sich erst durch den Tod des Inhabers der väterlichen Gewalt ergibt („testamentariis solis tutoribus praecedentibus eas"). Die Analogie der Mutter und Großmutter führt aber über ein dem Vater und Großvater zustehendes Ausschlußrecht nicht hinaus, so daß also die Berufung der Regel gemäß mit ihnen auch Geschwister- und Geschwisterkinder trifft, und die Vormundschaftspflicht, wenn Vater und Großvater von ihrem Ausschlußrecht keinen Gebrauch machen wollen, auch diesen letzteren obliegt. — Doch herrscht auch über diesen Punkt keine Uebereinstimmung der Ansichten. Während Andere dem Vater und Großvater allen Vorzug vor den Geschwistern und Geschwisterkindern absprechen, lassen noch Andere umgekehrt zwar nicht den Vater und Großvater überhaupt, aber doch den pater und avus emancipator mit Ausschluß der Geschwister und Geschwisterkinder berufen werden, indem sie nämlich annehmen, daß durch die Nov. 118 zwar die legitima tutela agnatorum, nicht aber die legitima tutela des Emancipators (Inst. 1. 18. 19) aufgehoben worden sei. Aber diese Behauptung ist unvereinbar mit der vollkommenen Gleichstellung der Berufung zur Erbschaft und zur Vormundschaft, welche das Princip der Justinianischen Neuerung bildet (Note 19). Vgl. über die verschiedenen Ansichten Thibaut civil. Abhandl. S. 297 fg., Rudorff S. 243, Vangerow § 267 Anm., Sintenis § 147 Anm. 44.

[21a] Dieß ist nach der Art, wie sich l. 8 § 1 C. de bon. quae lib. 6. 61 und l. 7 pr. C. de cur. fur. 5. 70 ausdrücken, nicht zu bezweifeln. Vgl. § 432 Note 5.

[22] L. 17 D. de tut. 26. 1, l. 10 § 7 D. de excus. 27. 1, und arg. l. 11 § 1—3 D. de test. tut. 26. 2.

[23] Inst. 1. 20 de Atiliano tutore et eo qui ex lege Iulia et Titia dabatur. Dig. 26. 5 de tutoribus et curatoribus datis ab his qui ius dandi habent, et qui et in quibus causis specialiter dari possunt. Cod. 5. 34 qui dare

willige noch eine gesetzliche Berufung vorliegt[24], oder so lange es noch ungewiß ist, ob eine solche vorliegt[25]; b) wenn der letztwillig oder gesetzlich berufene Vormund[26] die Vormundschaft ablehnt[27], oder zur Verwaltung derselben untauglich ist oder wird[28], oder abgesetzt wird[29]; c) im Fall des Todes des letztwillig oder gesetzlich Berufenen bei Ermangelung einer gesetzlich zu berufenden Person[30]. Die obrigkeitliche Berufung kann nicht unter einer Bedingung oder Befristung[31], wohl aber für einen vorübergehenden Bedürfnißfall[32] erfolgen; auch kann sie auf bestimmte Sachen[33] oder Geschäfte[34] beschränkt werden. Zuständig für die Berufung ist das die Obervormundschaft führende Gericht; berufen kann dasselbe nur Personen, welche seinem Gerichts=

---

tutores vel curatores possunt, et qui dari non possunt. — Glück XXIX S. 400 fg., Rudorff I S. 338 fg., Kraut I S. 278 fg. — Der von der Obrigkeit berufene Vormund wird in unseren Quellen als tutor oder curator dativus, seine Tutel als tutela dativa bezeichnet, l. 7 D. rem pup. 46. 6, l. 5 C. de leg. tut. 5. 30, l. 51 [52] pr. C. de ep. et cler. 1. 3. Bei Gai. I. 154 und Ulp. XI. 14 wird auch der im Testamente ernannte Tutor tutor dativus genannt.

[24] — „si cui nullus omnino tutor sit". Gai. I. 185, pr. I. h. t. Eine ungültige letztwillige Berufung ist zwar rechtlich keine Berufung, schließt aber auf Verlangen des Bezeichneten die gesetzliche Berufung aus (Note 10). Eine ungültige gesetzliche Berufung gibt es nicht.

[25] L. 10 pr. l. 11 pr. D. de test. tut. 26. 2, § 1 I. h. t.

[26] An und für sich gilt der Grundsatz: tutorem (curatorem) habenti tutor (curator) non datur. L. 6 C. h. t., l. 9 C. qui petant 5. 31, l. 4 C. in quib. cas. 5. 36, l. 10 D. h. t., l. 37 D. de excus. 27. 1; l. 10 C. h. t. Rudorff I S. 377. Aber dieser Grundsatz wird im Bedürfnißfall verlassen. (Auch schloß er für die Römer die Bestellung eines curator neben einem tutor nicht aus, § 5 I. de cur. 1. 23.)

[27] L. 4 C. tit. cit. 5. 36, l. 11 § 1 D. de test. tut. 26. 2.

[28] § 5 I. de cur. 1. 23, l. 17 D. de tut. 26. 1, l. 13 pr. eod., l. 10 § 7 D. de excus. 27. 1, l. 4 C. tit. cit. 5. 36, l. 6 C. de susp. tut. 5. 43.

[29] L. 4 C. tit. cit. 5. 36, l. 11 § 2 D. de test. tut. 26. 2.

[30] L. 4 C. tit. cit. 5. 36, l. 11 § 3 D. de test. tut. 26. 2.

[31] L. 77 D. de R. I. 50. 17, l. 6 § 1 D. de tut. 26. 1. Vgl. l. 6 § 4 eod.

[32] S. z. B. l. 10 pr. l. 11 pr. D. de test. tut. 26. 2; l. 10 § 7 D. de excus. 27. 1, l. 9 § 2 D. de tutelae 27. 3; l. 13 pr. D. de excus. 27. 1; l. 1 C. in quib. cas. tut. habenti 5. 36, § 2 I. de excus. 1. 25; l. 28 § 2 D. de excus. 27. 1, l. 2 D. h. t., l. 17 § 1 D. de appell. 49. 1, l. 7 C. de susp. tut. 5. 43.

[33] L. 27 pr. D. h. t., l. 21 § 2—4 D. de excus. 27. 1, l. 2. 11 C. eod. 5. 62, l. 3. 5. C. in quib. cas. tutorem habenti 5. 36, l. 9 § 9 D. de adm. 26. 7; l. 8 § 1 C. de bon. quae lib. 6. 61, Nov. 117 c. 1.

[34] Hierher gehört namentlich der Vormund, welcher gegeben wird, wenn ein Proceß zwischen dem Mündel und dem ordentlichen Vormund geführt werden soll. Cod. 5. 44 de in litem dando tutore vel curatore, § 3 I. de auct. tut. 1. 21. Rudorff I S. 389 fg. S. ferner Nov. 72 c. 2; l. 7. 9 D. h. t., l. 61 pr. D. de I. D. 23. 3. (Gai. I. 176—179. 180, Ulp. XI. 20. 22.)

zwang unterworfen sind[35]. Die Berufung erfolgt von Amtswegen[36]; jedoch sind die Intestaterben und Pupillarsubstituten des Mündels verpflichtet[37], um Bestellung eines Vormundes für denselben binnen Jahresfrist nachzusuchen, bei Strafe des Verlustes ihres Erbrechts, wenn der Mündel vor Erreichung der Testamentsmündigkeit gestorben ist[38].

β. Fähigkeit und Tauglichkeit zur Vormundschaft*.

§ 434.

Wer unfähig zur Vormundschaft ist, wird vom Gesetz nicht berufen, die letztwillige oder obrigkeitliche Berufung eines Unfähigen ist nichtig. Wer untauglich zur Vormundschaft ist, wird trotz der erfolgten Berufung zur Vormundschaft nicht zugelassen bez. von derselben entfernt[1].

1. Unfähig zur Vormundschaft sind[2]:

a) Personen weiblichen Geschlechts[3]. Jedoch können Mutter und Großmutter nach dem Tode ihrer Ehemänner verlangen zur Vormund-

---

[35] L. 5 C. h. t., l. 3 D. h. t.; l. 24 D. h. t.

[36] R. P. O. v. 1548 Tit. 31 § 1. v. 1577 Tit. 32 § 1. Das römische Recht sieht es als die Regel an, daß die Obrigkeit erst auf gestellten Antrag thätig wird. Vgl. mit Rudorff I S. 406. Glück XXX S. 93 fg. Darauf beruht auch, was in den Quellen über die Rangordnung der zur Erbittung eines Vormundes Berechtigten gesagt wird. L. 2 § 3 D. qui petant. 26. 6, l. 4. 10 C. eod. 5. 31. Rudorff I S. 417 fg.

[37] Dig. 26. 6 qui petant tutores et ubi petantur. Cod. 5. 31 qui petant tutores vel curatores.

[38] L. 2 § 1. 2 l. 4 D. h. t., l. 2 § 23 sqq. D. ad SC. Tert. 38. 17, § 6 I. eod. 3. 3, l. 11 C. h. t., l. 10 C. de leg. her. 6. 58, l. 3 C. ad SC. Tert. 6. 56. Die heutige Anwendbarkeit der bezeichneten Strafe ist nicht unbestritten. Vgl. Glück XXX S. 139 fg., Rudorff I S. 435. 436, Kraut I S. 283, Sintenis § 147 Anm. 96, Stobbe IV § 270 Note 8. 9.

* Glück XXIX S. 50 fg., Rudorff II S. 17 fg., Stobbe IV S. 484 fg.

[1] Die Neueren (vgl. Glück XXXI S. 192 fg., Rudorff II S. 15, Sintenis § 146 Anm. 1) sprechen im Fall der Untauglichkeit von einer excusatio necessaria. Diese Bezeichnung, obgleich nicht ohne Anhalt in den Quellen (l. un. C. qui morbo 5. 68 [67], § 11 I. de excus. 1. 25, Vat. fr. § 202; l. 1 § 3 D. de post. 3. 1, l. 11 D. de decur. 50. 2), empfiehlt sich insofern nicht, als sie die Vorstellung zu erregen geeignet ist, daß der Untaugliche sich wegen Versäumniß der Vormundschaftspflichten verantwortlich mache, wenn er nicht um Entbindung von der Vormundschaft nachsuche; was nicht richtig ist. L. 13 § 12 D. de excus. (*vv.* aut quos non oportet). Rudorff II S. 195. § 434.

[2] Andere zählen hierher außer den im Folgenden Genannten auch Bischöfe und Mönche, nach Nov. 123 c. 5. Aber das canonische Recht (c. 4 C. 16 qu. 1) hat dieser Novelle das ältere Recht der l. 51 [52] pr. C. de ep. et cler. 1. 3 vorgezogen. S. Glück XXXI S. 300—325, Rudorff II S. 109—111.

[3] L. 1 C. quando mul. 5. 35, l. 18 D. de tut. 26. 1, l. 26 pr. D. de test. tut. 26. 2, l. 1 § 1 l. 3 § 4 l. 10 D. de leg. tut. 26. 4, l. 21 pr. D.

schaft über ihre Kinder und Enkel zugelassen zu werden, wenn sie zu gerichtlichem Protokoll 1) versprechen, sich nicht wieder verheirathen zu wollen, 2) dem Vellejanischen Senatsbeschluß und den übrigen weiblichen Rechtswohlthaten entsagen, 3) den Mündeln ihr gesammtes Vermögen ausdrücklich verpfänden[4]. Schreiten sie gegen ihr Versprechen dennoch zur zweiten Ehe, so verlieren sie die Vormundschaft wieder[5].

b) Minderjährige[6]. Sind dieselben jedoch letztwillig ernannt, so wird ihnen die Vormundschaft bis zur Großjährigkeit aufbewahrt, und es wird einstweilen ein interimistischer Vormund ernannt[7].

c) Soldaten; mit Ausnahme der von einem Mitsoldaten übertragenen Vormundschaften[8].

d) Nach dem Reichsstrafgesetzbuch sind unfähig, jedoch nicht unbeschränkt, die Personen, welchen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind[8a].

2. Die Entscheidung über die Tauglichkeit des Berufenen ist im Allgemeinen dem Ermessen der Obervormundschaftsbehörde überlassen. Dieselbe hat zu erwägen, ob nicht in Beziehung auf den Berufenen ein Grund vorliegt, welcher eine Gefährdung der Interessen des Mündels befürchten läßt[9]. Als einzelne Gründe dieser Art werden in den Quellen genannt[10]: Geistesstörung[11]; Taubheit, Stummheit,

---

de tut. dat. 26. 5. Ueber l. 16 pr. D. de tut. 26. 1 f. Rudorff I S. 250 Note 16.

[4] L. 2. 3 C. quando mul. 5. 35, Nov. 22 c. 40, Nov. 94. 155, Nov. 118 c. 5. Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III S. 201 fg. Vgl. § 433 Note 20. In Betreff der Verpflichtung zur Vermögensverpfändung f. noch I § 232 Note 4. Ueber uneheliche Kinder f. Emmerich a. a. O. S. 208—209, Sintenis § 146 Anm. 4. — Besonderes Recht der Nov. 117 c. 1: f. § 517 Note 24.

[5] Nov. 22 c. 40, Nov. 94 c. 2.

[6] L. 5 C. de leg. tut. 5. 30, § 13 I. de excus. 1. 25.

[7] L. 32 § 2 D. de test. tut. 26. 2, l. 10 § 7 D. de excus. 27. 1, § 2 I. qui dari 1. 14. Vor Justinian (Note 6) wurde es auch bei der gesetzlichen Berufung so gehalten, l. 10 § 7 D. de excus. 27. 1, l. 9 § 1 D. de tutelae 27. 3. Rudorff II S. 21 glaubt, daß es auch nach neuestem Recht so sei. Die Sache ist allerdings nicht zweifellos.

[8] L. 4 C. qui dare 5. 34, l. 23 § 1 D. de excus. 27. 1; vgl. § 14 I. de excus. 1. 25. Vangerow S. 502. Vgl. Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 41.

[8a] Nicht unfähig sind sie zur Vormundschaft über Descendenten, jedoch muß die obervormundschaftliche Behörde ihre Genehmigung ertheilen. StrGB. § 34 Nr. 6.

[9] L. 3 § 12 D. de susp. 26. 10: — „et generaliter, si qua iusta causa praetorem moverit, cur non debeat in ea tutela versari, reicere eum debebit". § 5 I. de cur. 1. 23.

[10] Nicht ausdrücklich genannt ist Interdiction wegen Verschwendung; aber es ist keinem Zweifel unterworfen, daß auch diese Untauglichkeitsgrund ist. S. auch

Blindheit[12]; Krankheit und Altersschwäche[13]; schlechter Lebenswandel[14]; Armuth[15]; Feindschaft mit dem Mündel oder dessen Vater[16]; Hinzudrängung zur Vormundschaft[17]; Schuldverhältniß zwischen Vormund und Mündel[18], mit Ausnahme jedoch der Mutter und Großmutter[19]. — Abgesehen von dem Ermessen der Obervormundschaftsbehörde ist untauglich zur Vormundschaft: a) wer durch die Eltern des Mündels letztwillig von der Vormundschaft ausgeschlossen ist[20]; b) der Ehemann der Ehefrau gegenüber, der Bräutigam der Braut gegenüber, der Schwiegervater der Schwiegertochter gegenüber[21].[22]

---

l. 12 § 2 D. de tut. dat. 26. 5 und l. 5 C. de leg. tut. 5. 30 („Cui enim ferendum est, eundem esse tutorem et sub tutela constitui, et iterum, eundem esse curatorem et sub cura agere? Haec certe et nominum et rerum foeda confusio est"). Rudorff II S. 21.

[11] L. 11. 17 D. de tut. 26. 1, l. 10 § 3 D. de test. tut. 26. 2, l. 12 pr. D. de excus. 27. 1.

[12] L. 1 § 2. 3 l. 17 D. de tut. 26. 1, l. 10 § 1 l. 11 D. de leg. tut. 26. 4, l. 3 C. qui dare 5. 34, l. 1 C. qui morbo 5. [68] 67.

[13] L. 13 pr. D. de tut. 26. 1, l. 10 § 8 D. de excus. 27. 1.

[14] L. 8 l. 10 D. de conf. tut. 26. 3.

[15] L. 6 C. de susp. tut. 5. 43.

[16] L. 3 § 12 D. de susp. tut. 26. 10, l. 6 § 17 D. de excus. 27. 1, l. 8. 10 D. de conf. tut. 26. 3, § 11. I. de excus. 1. 25. Unter denselben Gesichtspunkt gehört § 12. I. eod., l. 6 § 18 D. eod. 27. 1, l. 27 § 1 D. de test. tut. 26. 2 (Streit über den Status zwischen dem Vormund und dem Vater des Mündels oder dem Mündel selbst).

[17] L. 21 § 6 D. de tut. dat. 26. 5.

[18] Nov. 72 c. 1—4 und daraus Auth. *Minores* C. qui dare 5. 34. Nov. 72 c. 3 cit.: — ne ex hoc ipso hostem et non curatorem adolescentulo praebeamus". Dieser Untauglichkeitsgrund hat aber folgendes Eigenthümliche: der Berufene soll ihn während der Excusationsfrist (§ 435 Note 3) geltend machen; thut er dieß nicht, so wird ihm zwar die Vormundschaft nicht genommen, aber er verliert zur Strafe seine Forderung, und wird als Schuldner durch Zahlung oder andere Tilgung während der Vormundschaft nicht befreit. Wird der Vormund Gläubiger erst während der Vormundschaft, so wird ihm nur ein anderer Vormund beigeordnet, — „ut custodiat ille, ne fiat adversus adolescentem aut eius substantiam ab eo, qui eum habet obligatum, in medio ulla malignitas" (c. 2 cit.). Vgl. Seuffert Arch. f. civ. Pr. XII S. 301 fg. Seuff. Arch. X. 268, XII. 47, XIX. 101, XXVI. 249.

[19] Nov. 94 pr. c. 1.

[20] L. 21 § 2 D. de tut. dat. 26. 5, l. un. C. si contra matr. vol. 5. 47.

[21] L. 1 § 5 D. de excus. 27. 1, l. 4. 17 C. eod. 5. 62, l. 2 C. qui dare 5. 34, vgl. l. 14 D. de cur. fur. 27. 10. Ueber die Meinung, daß nach heutigem Recht (römisches Recht: l. 32 § 1 D. de adopt. 1. 7, l. 2 C. de interd. matr. 5. 6, l. 3 C. de contr. iud. tut. 5. 58) auch der Stiefvater nicht Vormund seiner Stiefkinder sein könne, s. Glück XXIX S. 121 fg., Rudorff II S. 42. 43, Sintenis § 147 Anm. 51. Seuff. Arch. XII. 276.

[22] Sehr verbreitet ist in Doctrin und Praxis die Meinung, daß nach heutigem Recht auch Juden nicht Vormünder von Christen sein können. Das römische Recht schließt sie nicht aus, l. 15 § 6 D. de excus. 27. 1. Aber man beruft sich

γ. Ablehnung*.

§ 435.

Die Uebernahme der Vormundschaft ist an und für sich Bürgerpflicht[1]. Doch gibt es Gründe, welche zur Ablehnung der Vormundschaft berechtigen[2]. Ein solcher Ablehnungsgrund muß bei Strafe des Verlustes binnen gehöriger Frist[3] vor der Obervormundschaftsbehörde[4]

---

auf die Analogie von l. 19 C. de Iud. 1. 9 und c. 18 X. de Iud. 5. 6. Glück XXIX S. 109, Rudorff II S. 35. Gegenwärtig ist die Frage durch das Reichsgesetz vom 3. Juli 1869 erledigt, vgl. I § 55 Note 2.

* Inst. 1. 25 de excusationibus tutorum vel curatorum. D. 27. 1 de excusationibus. Cod. 5. 62 de excusationibus tutorum et curatorum et de temporibus earum. Cod. 5. 63—69. — Glück XXXI S. 161 fg. XXXII S. 3 fg., Rudorff II S. 43 fg., Stobbe IV S. 487 fg. Vgl. Pernice Parerga II S. 25 fg.

§ 435. [1] Die Vormundschaft ist „publicum munus", pr. I. h. t. Ausnahme für den Vater und den Großvater, welche kraft der väterlichen Gewalt berufen werden, § 432 Note 5, § 433 Note 21a. Bei der Mutter und Großmutter (§ 434 Note 4) ist es noch anders: sie werden gar nicht berufen, wenn sie es nicht verlangen.

[2] Die Ablehnung der Vormundschaft heißt in den Quellen technisch excusatio. Auch die Berechtigung zur Ablehnung, sowie der Grund, auf welchem sie beruht, wird so genannt. — Im älteren römischen Recht konnte man sich von der obrigkeitlichen Vormundschaft auch durch Vorschlagung einer passenderen Person (potioris nominatio) befreien. Im Justinianischen Recht ist dieses Institut verschwunden. Rudorff II S. 9. 10, Pernice a. a. O. S. 25. — Wegen l. 13 pr. D. h. t. und § 16 I. h. t. ist behauptet worden, daß das Recht der Excusation nur gegenüber der letztwilligen und obrigkeitlichen, nicht gegenüber der gesetzlichen Berufung zur Anwendung komme; aber s. l. 2 § 5 l. 20 l. 30 § 2 D. h. t., l. 3 § 8 D. de leg. tut. 26. 4, l. 1. 4 C. eod. 5. 30, l. 9 C. qui dare 5. 34, Nov. 118 c. 5, und zur Erklärung der Ausdrucksweise in den oben genannten Stellen l. 1 § 1 D. quando app. 49. 4. Glück XXXI S. 181 fg., Rudorff II S. 12 fg.

[3] L. 1 § 1 D. de adm. 26. 7, l. 19 C. eod. 5. 37, l. 11 C. h. t. Die Frist ist nach römischem Recht eine gesetzliche, und beträgt: a) für die Anbringung, wenn der Berufene am Berufungsort seinen Wohnsitz hat, 50 Tage, wenn dieß nicht der Fall ist, 30 Tage und für je 20 (römische) Meilen der Entfernung 1 Tag, vorausgesetzt daß sich bei dieser Berechnung mehr als 50 Tage ergeben. Die Frist läuft von dem Tage an, wo der Berufene von der Berufung Kenntniß erlangt hat. Von da wird zwar nicht weiter taugliche Zeit (utile tempus) gerechnet; doch wird es dem Berufenen nachgesehen, wenn er „propter aegritudinem vel aliam necessitatem, puto maris vel hiemis vel incursus latronum, vel aliam quam similem", die Frist versäumt hat. L. 13 § 1—10 D. l. 6 C. h. t., § 16 I. h. t., l. 3 pr. D. de V. S. 50. 16. b) Für die Durchführung der ganzen Sache läuft eine Frist von 4 Monaten, ebenfalls a die scientiae. L. 38. 39 D. h. t. — Daß diese Fristen heutzutage nicht mehr beobachtet werden, vielmehr die Gerichte eine Frist nach ihrem Ermessen bestimmen, lehren Glück XXXII S. 109, Sintenis § 148 Note 77, Rudorff II S. 190, Kraut I S. 243.

[4] L. 2. 6 C. h. t.

geltend gemacht werden, und wird er verworfen[5], so haftet der Vormund auch für die Zwischenzeit[6]. In bestimmten Fällen kann ein an und für sich begründetes Ablehnungsrecht nicht geltend gemacht werden[7]. Die einzelnen Ablehnungsgründe sind folgende[8]:

1. Bekleidung eines obrigkeitlichen Amtes[9].

2. Verwaltung des Vermögens des Fiscus oder des Landesherrn[10].

3. Aufnahme in den geheimen Rath des Landesherrn[11].

4. Abwesenheit in Staatsangelegenheiten; auch nach der Rückkehr dauert dieser Ablehnungsgrund noch ein Jahr[12].

5. Geistliches Amt[13].

6. Oeffentliche wissenschaftliche Lehrthätigkeit, oder ärztlicher Beruf[14].

---

[5] Rechtsmittel: l. 13 pr. D. h. t., l. 3. 6 C. eod.; l. 1 § 2 D. quae sent. 49. 8, Cod. 5. 63, § 20 I. h. t., l. 11 § 2 D. de min. 4. 4. Vgl. l. 37 D. h. t.

[6] L. 20 l. 39 § 6 D. de adm. 26. 7, l. 15. 23 C. h. t.

[7] Diese Fälle, welche sich sämmtlich mehr oder minder dem Gesichtspunkte des Verzichtes unterordnen, sind folgende: a) der Vormund hat dem Vater des Mündels versprochen, sich der Vormundschaft unterziehen zu wollen, l. 15 § 1 D. h. t., § 9 I. h. t.; b) er hat die Vormundschaft bereits zu führen begonnen, l. 2 C. si tut. vel. cur. 5. 63, Vat. fr. § 154; c) er hat seine Ernennung im Testament eigenhändig geschrieben, l. 29 D. de test. tut. 26. 2, l. 18 § 1 D. de lege Corn. de fals. 48. 10; d) er hat ein ihm in dem ernennenden letzten Willen ausgesetztes Vermächtniß angenommen, l. 5 § 2 D. de his quae ut ind. 34. 9. Von der andern Seite verliert der Vormund alles ihm in seiner Eigenschaft als Vormund Hinterlassene, wenn er der letztwilligen Ernennung gegenüber von einer ihm zustehenden Ablehnung Gebrauch macht. L. 5 § 2 cit., l. 32—36 pr. D. h. t., l. 27 eod., l. 28 pr. D. de test. tut. 26. 2, l. 3 D. de iure patr. 37. 14, l. 111 D. de leg. I° 30.

[8] Heutzutage unanwendbar sind die in l. 6 § 13 D. h. t., l. 8 § 12 D. h. t., l. 17 § 1 D. h. t., l. 17 § 2. 3 l. 26 l. 41 § 3 l. 46 D. l. 24 C. h. t., l. 13 C. qui dare 5. 34 genannten Ablehnungsgründe. Ebenso unanwendbar ist der römische Satz, daß der tutor des impubes nicht curator des minor zu werden brauche (§ 18 I. l. 16 D. l. 20 C. h. t.), weil heutzutage die Erreichung der Pubertät einen Wechsel in der Person des Vormundes nicht begründet (§ 432 Note 11). Kraut II S. 163 fg. — Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 41.

[9] § 3 I. h. t., l. 6 § 14 l. 17 § 4. 5 l. 22 § 1 l. 41 § 1 D. h. t., l. 6 § 16 l. 23 pr. eod. Zu l. 22 § 1 cit. vgl. Vat. fr. § 136.

[10] § 1 I. h. t., l. 41 pr. D. l. 10 C. h. t. Vgl. l. 8 C. h. t.; Seuff. Arch. XII. 46.

[11] L. 30 pr. D. h. t., l. 11 § 2 D. de min. 4. 4.

[12] § 2 I. h. t., l. 10 pr. — § 3 D. h. t., l. 2 C. si tutor vel curator reipublicae causa aberit 5. 64, vgl. l. 38 § 1 D. ex quib. caus. mai. 4. 6, l. 4 D. de vac. 50. 5.

[13] L. [51] 52 pr. C. de ep. et cler. 1. 3. Vgl. § 434 Note 2.

[14] § 15 I. h. t., l. 6 § 1—12 D. h. t. In Betreff von l. 1. 2 C. de excusationibus artificum 10. [66] 64 f. Rudorff II S. 132.

7. Ehrenvolle Entlassung aus dem Kriegsdienst nach vollendeter Dienstzeit; frühere Entlassung, nach dem fünften Jahre, gibt nur Befreiung auf Zeit[15].

8. Eine größere Anzahl leiblicher Kinder[16]. Enkel von einem verstorbenen Sohne zählen für Eine Person, Enkel von Töchtern gar nicht[17], Kinder, welche vor dem Feinde geblieben sind, werden mitgezählt[18].

9. Drei nicht aus freien Stücken übernommene Vormundschaften in demselben Hause, so daß die von den Söhnen geführten Vormundschaften, für welche der Vater haftet (§ 444 Note 6), mit gerechnet werden[19]. Doch ist, was die Zahl der Vormundschaften angeht, dem Ermessen der Obervormundschaftsbehörde freier Spielraum gelassen[20].

10. Verschiedenheit des Wohnorts, oder zu große Entfernung des zu verwaltenden Vermögens[21].

11. Armuth, welche Thätigkeit in fremden Angelegenheiten nicht gestattet[22].

12. Krankheit, welche die Besorgung der eigenen Angelegenheiten hindert[23].

13. Alter von 70 Jahren[24]

---

[15] L. 8 D. h. t., Cod. 5. 65 de excusationibus veteranorum. Gegen Söhne und Töchter von Kameraden wirkt die Befreiung nur ein Jahr lang, nach dieser Zeit nur so weit, daß nicht mehr als Eine Vormundschaft auf einmal übernommen zu werden braucht, l. 8 pr. D. h. t.

[16] Nach römischem Recht in Rom 3, in Italien 4, in den Provinzen 5. Pr. I. h. t., l. 2 § 2—8 l. 36 § 1 l. 37 D. h. t., l. 1. 2 C. qui numero liberorum se excusant 5. 66. Heutzutage nimmt man gewöhnlich die Zahl von 5 an. Glück XXXI S. 224, Rudorff II S. 146. 147 Vgl. aber auch Sintenis § 148 Anm. 35. — Als Belohnung der Kindererzeugung im Sinne der lex Iulia und Papia Poppaea darf diese Befreiung nicht aufgefaßt werden. Vat. fr. § 170. Daher wird auch ihre heutige Anwendbarkeit mit Unrecht bezweifelt. Seuff. Arch. IX. 175, XVII. 66.

[17] Pr. I. h. t., l. 2 § 7 D. h. t.

[18] Pr. I. h. t., l. 18 D. h. t.

[19] § 5 I. h. t., l. 2 § 9 — l. 6 pr. l. 15 § 15. 16 l. 31 D. h. t., Cod. 5. 69 qui numero tutelarum.

[20] L. 17 pr. l. 31 § 4 D. h. t.

[21] L. 46 § 2 l. 10 § 4 l. 21 § 2. 3 D. l. 11 C. h. t. Glück XXXII S. 59 fg., Rudorff II S. 171 fg., Sintenis § 148 Nr. 7.

[22] § 6 I. h. t., l. 7 l. 40 § 1 D. h. t., l. 6 § 19 eod. (Rudorff II S. 54). Vgl. § 434 Note 15.

[23] § 7 I. h. t., l. 10 § 8 l. 45 § 4 D. h. t., Cod. 5. [68] 67 qui morbo se excusant. Vgl. § 434 Note 12. 13.

[24] § 13 I. h. t., l. 2 pr. D. h. t., l. 3 [4] D. de iure immun. 50. 6, Cod. 5. 67 [68] qui aetate se excusant. Ueber l. 3 C. qui aetate [vel professione] se excusant 10. 49 [50] f. Glück XXXII S. 55 fg., Rudorff II S. 48 fg.

14. Mangel der zu einer Geschäftsführung erforderlichen Fähigkeiten[25].

15. Ernennung durch den Vater aus Feindschaft[26].

Zur Niederlegung einer bereits übernommenen Vormundschaft berechtigen von diesen Gründen nur die unter Ziff. 3. 10. 11 genannten[27], und der unter Ziff. 4 genannte dann, wenn die Abwesenheit eine Abwesenheit jenseits des Meeres ist, sonst gilt die Befreiung nur für die Dauer der Abwesenheit[28]. Ferner berechtigt zur Niederlegung der Vormundschaft Veränderung des Wohnsitzes auf Befehl des Landesherrn, wenn dieser die Vormundschaft gekannt hat[29].

δ. Antritt*.

§ 436.

Der zur Vormundschaft (gültig) Berufene ist Vormund durch die Berufung; er wird nicht erst Vormund durch die Erklärung, die Vormundschaft übernehmen zu wollen. Daher liegt die Vormundschaftspflicht ihm von der Zeit an ob, wo er von der Berufung erfahren hat[1]. Da er aber nach heutigem Recht die Befugniß zur Verwaltung der Vormundschaft erst durch die von der Obervormundschaftsbehörde für ihn ausgefertigte Bestallung erlangt[2] [3], so besteht heut-

---

[25] § 8 I. h. t., l. 6 § 19 D. h. t. Glück XXIX S. 114 fg., Rudorff II S. 54 fg.

[26] § 9 I. h. t.

[27] L. 11 § 2 D. de min. 4. 4, l. 11. 40 D. h. t.

[28] L. 11 § 2 D. de min. 4. 4, l. 10 § 2 D. h. t., l. 1 C. si tut. vel cur. reipublicae causa aberit 5. 64.

[29] L. 12 § 1 D. h. t.

* Glück XXX S. 152 fg., Rudorff II S. 211 fg., Kraut I S. 242 fg. II S. 118 fg., Stobbe IV S. 475. 489 fg.

[1] L. 1 § 1 l. 5 § 10 l. 17 l. 58 § 2 D. de adm. 26. 7, l. 8 C. eod. 5. 37, l. 5 C. de peric. 5. 38. § 436.

[2] R. P. O. Tit. 32 (31) § 2: — „Daß ein jeglicher Vormünder, er sey gleich in Testaments weiß verordnet, oder durch das Recht, oder Richter gegeben, sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sei ihme dann zuvor durch die Obrigkeit decernirt und befohlen". S. g. confirmatio iuris Germanici, im Gegensatz der römischen Confirmation, durch welche der Mangel einer ungültigen letztwilligen Berufung geheilt wird (§ 433 Note 10 fg.). Glück XXIX S. 305 fg., Rudorff II S. 211—213, Kraut I S. 235 fg. Die römische Confirmation ist Bedingung der Berufung; die deutsche setzt geschehene Berufung voraus. Daher macht die Unterlassung der Nachsuchung um die römische Confirmation nicht verantwortlich, wohl die Unterlassung der Nachsuchung um die deutsche. Dieß ist nicht gehörig gewürdigt bei Kraut I S. 258. 262, s. auch Stobbe IV S. 474. 478. Thatsächlich fallen allerdings beide Confirmationen, wo die eine und die andere vorkommt, zusammen. — Das für den Vormund ausgefertigte Decret nennt man tutorium oder curatorium.

[3] Eine Ausnahme macht man für den kraft der väterlichen Gewalt ein-

zutage die ihm vorher obliegende Pflicht nur in der ungesäumten Auswirkung dieser Bestallung[4]. — Bei der Bestallung muß der Vormund die Erfüllung der vormundschaftlichen Pflichten eidlich angeloben[5]: er muß ferner dem Mündel Sicherheit leisten[6], und über das vorhandene Vermögen ein öffentliches Verzeichniß errichten[7].

b. Beendigung der Vormundschaft*.

§ 437.

Die Vormundschaft wird beendigt:

1) durch den Tod des Vormundes oder des Mündels[1];

2) dadurch, daß der Mündel großjährig wird[2], oder für großjährig erklärt wird[3], für gewisse Erwerbe auch dadurch, daß er unter väterliche Gewalt tritt[4 5];

tretenden Vater oder Großvater (§ 432 Note 5, § 433 Note 21a). Rudorff I S. 182, Sintenis III § 141 Note 52 a. E. Eine Ausnahme pflegt man ferner für den Fall der Noth zu gestatten. Glück XXIX S. 306. 313, Kraut I S. 239.

[4] Abgesehen von dem Fall der Noth (Note 3). Vgl. l. 7 pr. D. de adm. 26. 7.

[5] R. P. O. Tit. 32 (31) § 3: l. 7 § 4—7 C. de cur. fur. 5. 70, Nov. 72 c. 2. 8. Rudorff II S. 229.

[6] Das römische Recht erließ die Caution dem tutor testamentarius und a magistratu ex inquisitione datus (pr. I. de satisd. tut. 1. 24); aber die R. P. O. Tit. 32 (31) § 2. 3 hat ausdrücklich vorgeschrieben, daß „ein jeglicher Vormünder, er sey gleich in Testaments weiß verordnet, oder durch das Recht, oder Richter gegeben . . . rechtmäßige genugsame Caution und Versicherung thue". Wegen der letzteren Worte verlangt man heutzutage nicht mehr, wie das römische Recht thut (l. 4 § 1 D. rem pup. 46. 6, l. 7 D. de stip. praet. 46. 5), Caution durch Bürgschaft, sondern läßt auch Pfandbestellung zu. Glück XXX S. 161 fg., Rudorff II S. 213 fg., Kraut II S. 121 fg.

[7] L. 24 C. de adm. 5. 37, l. 13 C. arb. tut. 5. 51, R. P. O. Tit. 32 (31) § 3. Die Strafe der Versäumung ist Absetzung und Zulassung des Mündels zum Würderungseid, l. 7 pr. D. de adm. 26. 7, l. 4 C. de in lit. iur. 5. 53, l. 13 § 1 C. arb. tut. 5. 51. Befreiung durch Verfügung des das Vermögen hinterlassenden Erblassers: l. 13 § 1 C. arb. tut. 5. 51. Glück XXX S. 184—215, Rudorff II S. 242 fg., Kraut II S. 121—122, Stobbe IV S. 499—500. Seuff. Arch. V. 192, VI. 225.

* Inst. 1. 22 quibus modis tutela finitur. Cod. 5. 60 quando tutores vel curatores esse desinant. — Glück XXXI S. 29 fg., Rudorff III S. 120 fg. 232 fg., Kraut II S. 162 fg.

§ 437. [1] L. 4 pr. D. de tutelae 27. 3, § 3 I. h. t., l. 16 § 1 D. de tut. 26. 1, l. 17 C. de neg. gest. 2. 18 [19], l. 1 C. si quis ign. 5. 73. — Capitis diminutio nach römischem Recht: § 1. 4 I. h. t., l. 14 pr. — § 2 D. de tut. 26. 1, l. 7 pr. D. de cap. dim. 4. 5 (s. über diese Stelle die bei Vangerow § 288 Anm. Genannten und diesen selbst).

[2] L. 4 pr. D. de tutelae 27. 3, pr. I. h. t., § 432 Note 10.

[3] L. 3 C. de his qui veniam 2. 44 [45]. Glück XXXI S. 145 fg., Kraut II S. 168 fg.

[4] Für das s. g. peculium adventicium ordinarium, nicht für das peculium

3) dadurch, daß die Beschränkung sich geltend macht, unter welcher die Berufung erfolgt ist[6];

4) durch Ablehnung und Niederlegung der Vormundschaft, wo dieselbe gestattet ist (§ 435)[7];

5) durch Absetzung des Vormundes[8]. Dieselbe wird durch die Obervormundschaftsbehörde von Amtswegen verfügt[9], wenn der Vormund durch seine Arglist oder seine Nachlässigkeit das Wohl des

---

adventicium extraordinarium und für das peculium castrense und quasi castrense. Vgl. l. 14 pr. D. de tut. 26. 1, § 1 I. h. t. und § 432 Note 5.

[5] Kraut II S. 172 fg. behauptet, daß die Vormundschaft auch durch Verheirathung des Mündels aufhöre (bei der Frau unabhängig davon, ob sie unter eheliche Vormundschaft trete oder nicht), mit Berufung auf älteres deutsches Recht (a. a. O. S. 89 fg.) bez. gemeines Gewohnheitsrecht (S. 178. 181). Dawider Stobbe IV S. 509—511; Seuff. Arch. VII. 276, XIII. 99. Vgl. aber auch das. XVI. 96.

[6] Eintritt der auflösenden Bedingung, unter welcher, des Zeitpunktes, bis zu welchem der Vormund im Testamente ernannt ist: l. 14 § 3. 5 D. de tut. 26. 1, § 5 I. h. t. Aufhören des Bedürfnißfalles, für welchen, Beendigung des Geschäftes, für welches die Obrigkeit einen Vormund bestellt hat: § 433 Note 32. 34.

[7] Es wird behauptet, daß nicht schon durch die Excusation selbst (richterliche Anerkennung derselben), sondern erst durch die Ernennung eines neuen Vormundes die Vormundschaft des Excusirten aufhöre. v. Löhr Mag. f. RW. u. Gesetzg. III S. 46 fg., Rudorff I S. 403. Diese Behauptung wird aber weder durch die übrigen Quellenzeugnisse bewiesen, welche man für dieselbe geltend gemacht hat, noch auch durch Gai. I. 182, wo keine Nöthigung vorliegt, das „quo facto“ (so ist nach Studemund zu lesen) ausschließlich auf die Ernennung des neuen Vormundes zu beziehen. Vgl. l. 14 § 4 D. de tut. 26. 1. Uebrigens hört jedenfalls mit dem zuerst bezeichneten Zeitpunkt, wie auch anerkannt wird, Recht und Pflicht der Vormundschaft auf, und so ist die ganze Frage sehr unpraktisch. Vgl. noch Sintenis § 147 Anm. 69.

[8] Inst. 1. 26 Dig. 26. 10 Cod. 5. 43 de suspectis tutoribus vel (et) curatoribus. — Glück XXI S. 41 fg., Rudorff III S. 176 fg., Kraut I S. 402—405.

[9] R. P. O. Tit. 32 (31) § 3: — „indeme dann alle und jede Obrigkeiten, vermög göttlicher, und unserer Kayserlichen Gebott, sonders fleißiges Auffsehens zu thun, aus tragendem Ampt sich schuldig erkennen, und darumb keines Vormünders Fahrlässigkeit, noch weniger Vervortheilung bey seinem Pflegkind, oder dessen Gütern ungestraft hingehen lassen sollen“. Unter den „Obrigkeiten“, von welchen hier gesprochen wird, können keine anderen gemeint sein, als die im Vorhergehenden genannten, welche den Vormund einsetzen, bestellen, und zur Rechnungsablage anhalten sollen. Nach römischem Recht war die „suspecti cognitio“ Attribut der ordentlichen höheren Gerichtsbarkeit, trat aber von Amtswegen nur außerordentlicherweise ein, setzte vielmehr regelmäßig eine „suspecti accusatio“ voraus. Rudorff a. a. O. Ausgeschlossen ist die letztere auch heutzutage nicht. Vgl. Glück XXXI S. 95. 128, Kraut I S. 404. — Auch hier (vgl. Note 7) streitet man, ob schon die Absetzung, oder erst die Einsetzung des neuen Vormundes die Vormundschaft beendige (Rudorff III S. 198), obgleich hier l. 14 § 4 D. de tut. 26. 1 den Zweifel hätte ausschließen sollen.

Mündels gefährdet[10], oder sein Lebenswandel von der Art ist, daß eine solche Gefährdung zu befürchten steht[11], oder die Mutter oder die Großmutter ohne vorher die Vormundschaft niedergelegt zu haben, zur zweiten Ehe schreitet[12]. Auch wegen bloßer Unfähigkeit kann Absetzung erfolgen[13]; die Obervormundschaftsbehörde kann sich aber in diesem Falle auch auf die mildere Maßregel beschränken, den Unfähigen einfach zu ersetzen[14], oder ihm einen Nebenvormund beizuordnen[15]. Aus bewegenden Gründen kann sie diese mildere Maßregel selbst im Falle der Arglist eintreten lassen[16].

c. Rechtsverhältniß.

α. Verpflichtungsverhältniß zwischen Vormund und Mündel*.

aa. Im Allgemeinen.

§ 438.

Die Verpflichtungen, welche die Vormundschaft für den Vormund, wie für den Mündel erzeugt[1], stehen unter freiem richterlichen Ermessen[2]. Der Hauptsache nach aber ist:

---

[10] § 5. 6. 10 I. h. t., l. 3 § 5. 16—18 l. 4 § 4 l. 7 § 1. 3 D. h. t., l. 1—6 l. 9 C. eod.

[11] § 13 I. h. t. „Suspectum enim eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit". L. 8 D. h. t.

[12] Nov. 22 c. 40 i. f., Nov. 94 c. 2 i. f.

[13] L. 3 § 18 D. h. t. nennt: segnities, rusticitas, inertia, simplicitas, ineptia. S. auch l. 3 § 12 eod.

[14] L. 17 D. de tut. 26. 1.

[15] § 5 I. de cur. 1. 23, l. 13 pr. D. de tut. 26. 1, l. 10 § 8 D. de excus. 27. 1, l. 6 C. h. t. Vgl. Seuff. Arch. IV. 129.

[16] L. 1 § 5 l. 3 § 18 l. 9 D. h. t. Absetzung wegen Arglist hatte nach römischem Recht Infamie zur Folge, § 6 I. h. t., l. 3 § 18 cit., l. 9 C. h. t.

* Dig. 26. 7 de administratione et periculo tutorum et curatorum qui gesserint vel non, et de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus. 27. 3 de tutelae et rationibus distrahendis et utili curationis causa actione. 27. 4 de contraria tutelae et utili actione. Cod. 5. 37 de administratione tutorum vel curatorum, et pecunia pupillari foeneranda vel deponenda. 5. 38 de periculo tutorum et curatorum. 5. 51 arbitrium tutelae. 5. 58 de contrario iudicio tutelae.

§ 438. [1] Den Verpflichtungen aus der tutela dienten bei den Römern die actio tutelae directa und contraria. Die actio aus der cura minoris wurde zwar äußerlich nicht an die actio tutelae, sondern an die actio negotiorum gestorum angeschlossen (l. 3 § 5 D. de neg. gest. 3. 5, l. 4 § 3 l. 13 i. f. D. de tutelae 27. 3, l. 1 C. quod cum eo 4. 26, l. 7 C. arb. tut. 5. 51, l. 17 C. de neg. gest. 2. 18 [19]), aber in allem Wesentlichen, und namentlich was den Grad der vom Vormund zu prästirenden Sorgfalt angeht, wie die actio tutelae behandelt (l. 33 pr. D. de adm. 26. 7, Nov. 72 c. 8, l. 17 C. de neg. gest. 2. 18 [19], s. ferner l. 25 D. de tutelae 27. 3, l. 20 C. de adm. 5. 37), so daß sie andererseits doch wieder utile tutelae iudicium (l. 2 C. de her. tut.

1) der Vormund verpflichtet, die Interessen des Mündels in allen Beziehungen nach besten Kräften wahrzunehmen[3], namentlich das Vermögen des Mündels zu verwalten, und dasselbe dem Mündel nach beendigter Vormundschaft auf Grund einer von ihm zu legenden Rechnung herauszugeben[4]. Bei Allem, was der Vormund thut oder nicht thut[4a], haftet er nicht bloß wegen Arglist, sondern auch wegen derjenigen Nachlässigkeit, welche er in eigenen Angelegenheiten nicht zu begehen pflegt[5]; in Ausnahmefällen steigert oder mindert sich seine Verantwortlichkeit[6]. Im Fall der Arglist und groben Nachlässigkeit

---

5. 54), ja geradezu tutelae iudicium (l. 3 C. arb. tut. 5. 51, vgl. auch l. 1 § 2. 3 D. de contr. tut. 27. 3), genannt wird. In l. 11 D. de auct. 26. 8 ist von einem tutelae curationisve iudicium, in Rubr. titt. Dig. 27. 3. 4 von einer utilis curationis causa actio die Rede. Nur in einer Beziehung erkannte das römische Recht zwischen der Klage gegen den tutor und der Klage gegen den curator einen materiellen Unterschied an; aber auch dieser hat für das heutige Recht keine Geltung mehr. S. darüber Note 17. Vgl. zu dem in dieser Note Gesagten jetzt auch Wlassak zur Geschichte der negotiorum gestio S. 85 fg.

[2] Die actiones tutelae sind actiones bonae fidei, § 28 I. de act. 4. 6, l. 38 pr. D. pro soc. 17. 2.

[3] R. P. O. Tit. 32 (31) § 3: — „alles . . handeln, das einem getreuen vormünder eignet und zustehet".

[4] L. 1 § 3 D. de tutelae 27. 3, l. 9 C. arb. tut. 5. 51. Seuff. Arch. X. 63, vgl. XXII. 135—137 und Citate das. In Betreff der Rechnungslegung vgl. noch Seuff. Arch. XXV. 211, und über die Verpflichtung zur Rechnungslegung überhaupt Bähr Jahrb. f. Dogm. XIII S. 251 fg.

[4a] Daß nach römischen Recht der Vormund, welcher sich der Vormundschaft gar nicht angenommen hat, nur mit einer utilis actio haftet (l. 4 § 3. 7 D. rem pup. 46. 6, l. 39 § 11 D. de adm. 26. 7, l. 37 § 1 D. de excus. 27. 1), hat lediglich rechtshistorische Bedeutung. Vgl. Rudorff III S. 8—10, Wlassak a. a. O. S. 106 fg., Pernice Parerga II S. 27.

[5] L. 1 pr. D. de tutelae 27. 3. „In omnibus, quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his, quae non fecit, rationem reddet hoc iudicio, praestando dolum, culpam et quantam in suis rebus diligentiam". L. 57 pr. D. de adm. 26. 7 (Vangerow § 274), Nov. 72 c. 8. Der Vormund haftet also an und für sich auch wegen levis culpa, er kann sich nur im Falle einer solchen durch einen Gegenbeweis befreien (§ 265 Ziff. 6). So erklären sich Stellen wie l. 10 l. 33 pr. l. 39 § 7 D. de adm. 26. 7, l. 23 C. eod. 5. 37, l. 7 C. arb. tut. 5. 51; l. 4 D. de mag. conv. 27. 8. Ueber die Stellen, welche andererseits die Verpflichtung des Vormundes auf lata culpa zu beschränken scheinen (l. 2 C. arb. tut. 5. 51, l. 2 C. si tutor vel cur. non gesserit 5. 55), s. Hasse Culpa S. 265—268, Rudorff III S. 70. 74. Ueber das Ganze: Hasse a. a. O. S. 253 fg., Rudorff S. 69 fg.

[6] Er haftet ohne die bezeichnete Milderung, wenn er sich zur Vormundschaft zugedrängt hat, l. 54 [53] § 3 D. de furt. 47. 2. Er haftet bloß wegen lata culpa beim Ankauf von Grundstücken für Mündelgeld, l. 7 § 2 D. de adm. 26. 7. Allerdings ist diese letztere Ausnahme äußerst befremdend; allein eine andere Erklärung der l. 7 § 2 cit. scheint nicht möglich. Vgl. Hasse a. a. O. S. 264, Glück XXX S. 259, Rudorff III S. 75; jedoch auch Sintenis § 149 Anm. 35 a. E. Eine andere Ausnahme nach derselben Richtung wird von Manchen aus

hat nach römischem Recht der Mündel das Recht auf den Würderungseid[7]; im Fall der Unterschlagung trifft nach römischem Recht den Vormund die Strafe des doppelten Sachwerths[8]. Beides fällt heutzutage weg[8a]. Die Erben des Vormundes können aus der gewöhnlichen Nachlässigkeit desselben nicht in Anspruch genommen werden[9]. — Der für eine specielle Thätigkeit bestellte Vormund (§ 433 Note 33. 34) haftet natürlich nur für seine Thätigkeit.

2) Der Mündel ist verpflichtet[10], dem Vormund Alles, und zwar mit Zinsen[11], zu ersetzen, was der Vormund bei der Führung der Vormundschaft[12] im Interesse des Mündels[13] aus seinem Vermögen aufgeopfert hat[14]. Der Vormund kann diesen Anspruch sowohl einredeweise gegenüber dem Anspruch des Mündels als auf dem Wege

---

l. 2 C. arb. tut. 5. 51 hergeleitet; s. darüber Note 5. Glück XXX S. 260. Daß der Vormund auch dann nur wegen lata culpa in Anspruch genommen werden kann, wenn ihm die weitere Verhaftung gültigerweise erlassen worden ist (l. 41 D. de adm. 26. 7, l. 20 § 1 D. de lib. leg. 34. 3, vgl. l. 9 eod., l. 119 D. de leg. I° 30, l. 72 § 3 D. de cond. 35. 1), ist nichts Besonderes: daß aber ein solcher Erlaß gültig auch durch den Vater bei Ernennung des Vormundes geschehen könne, ist ein Satz, welcher zwar in l. 5 § 7 de adm. 26. 7 anerkannt ist (lata culpa=dolus), der aber für das heutige Recht, nach welchem die väterliche Ernennung den Vormund auch nicht von der Caution zu befreien im Stande ist (§ 436 Note 6), über das vom Vater hinterlassene Vermögen hinaus keine Geltung beanspruchen kann. Vgl. Glück XXX S. 263 fg., Rudorff III S. 108 fg., auch Kraut II S. 154.

[7] L. 2. 5 pr. § 3 l. 8 D. de in lit. iur. 12. 3; Cod. 5. 53 de in litem iurando.

[8] Das römische Recht gab für diesen Fall eine besondere actio, die actio de rationibus distrahendis. L. 1 § 19 — l. 2 D. de tutelae 27. 3, l. 55 § 1 D. de adm. 26. 7. Glück XXXII S. 207 fg., Rudorff III S. 2 fg. Durch die R. P. O. v. 1577 Tit. 32 § 3 („alles bei Vermeidung der Straff gemeiner Recht") ist diese Strafe bestätigt worden.

[8a] CPO. § 260, StrGB. § 246—266. Vgl. I § 133 Note 15, § 326 Note 4.

[9] L. 12. 49 D. de O. et. A. 44. 7, l. 8 § 1 D. de fid. tut. 27. 7; l. 4 D. de mag. conv. 27. 8, l. 39 § 6 D. de adm. 26. 7, l. 1 C. de her. tut. 5. 54, l. 17 C. de neg. gest. 18 [19]. Anders natürlich (I § 124 Note 11), wenn der Proceß gegen den Vormund bereits begonnen hatte, l. 1 C. cit. Ueber den Schluß dieser Stelle s. Hasse Culpa Anh. I, Glück XXX S. 276 fg., Rudorff III S. 42 fg.

[10] Dig. 27. 4 de contraria tutelae et utili actione. Cod. 5. 58 de contrario iudicio tutelae. Glück XXXII S. 266 fg., Rudorff III S. 119 fg.

[11] L. 3 § 1 — l. 6 D. h. t.

[12] L. 33 § 3 D. de adm. 26. 7, l. 3 § 8 D. h. t.

[13] L. 1 § 6 l. 3 pr. § 7. 8 D. h. t., l. 33 § 3 D. de adm. 26. 7, l. 3 C. eod. 5. 37, l. 4 C. de in lit. dando 5. 44. Vgl. § 430 Note 17.

[14] L. 1 § 5 l. 3 § 1 D. h. t.; § 2 I. de obl. quasi ex contr. 3. 27, l. 5 § 1 D. de O. et A. 44. 7; l. 1 § 6. 7 D. h. t., l. 2 C. de in lit. dando 5. 44.

selbständiger Klage geltend machen[15]. — Auf ein Honorar hat der Vormund nur dann einen Anspruch, wenn ihm ein solches durch den Vater bei der Ernennung oder durch die Obervormundschaftsbehörde ausgesetzt worden ist[16].

3) Die Ansprüche sowohl des Mündels als des Vormundes können erst nach Beendigung der Vormundschaft klagend verfolgt werden[17]. Doch steht der Vormund auch während der Dauer der Vormundschaft unter Aufsicht der obervormundschaftlichen Behörde, welcher er jährlich Rechnung ablegen muß[18], und welche ihn zur Erfüllung seiner Pflichten nöthigenfalls durch unmittelbaren Zwang anhalten kann[19].

bb. Im Besonderen*.

§ 439.

Im Besonderen ist der Vormund verpflichtet:

1) zur Sorge für die Erhaltung des Vermögens des Mündels. Dahin gehören nicht bloß factische Maßregeln[1], sondern namentlich auch die Veräußerung von überflüssigen und dem Verderb ausgesetzten Sachen[2], die Einziehung von Forderungen, deren Verlust zu befürchten ist[3], die Bezahlung von drückenden Schulden[4]. Daß der

[15] L. 1 § 4. 8 l. 2 l. 3 pr. D. h. t.

[16] L. 37 [38] D. de neg. gest. 3. 5; l. 33 § 3 D. de adm. 26. 7, l. 1 § 6 D. de tutelae 27. 3. Glück XXXII S. 87, Rudorff III S. 132, Kraut II S. 160, Stobbe IV S. 491 Nr. XII.

[17] L. 1 § 24 l. 4 pr. l. 9 pr. § 4. 5 D. de tutelae 27. 3. Anders war es im römischen Recht mit den Ansprüchen des curator minoris und gegen denselben, l. 4 § 3 D. de tutelae 27. 3, l. 1 § 3 D. de contr. iud. tut. 27. 4; obgleich doch schon hier eine Ausnahme für den Anspruch gegen den Curator auf Rechnungslegung und Herausgabe des Vermögens gemacht wird, l. 14 l. 2 C. de adm. 5, 37. Nach heutigem Recht, wo die Vormundschaft über den Geschlechtsreifen einfach als Fortsetzung der Vormundschaft über den Geschlechtsunreifen erscheint, müssen auf jene in dieser Beziehung die Grundsätze der letzteren angewendet werden.

[18] Nach der Bestimmung der R. P. O. v. 1577 Tit. 32 § 3. Die R. P. O. v. 1548 Tit. 31 § 3 verlangte jährliche Rechnungslegung nur „auff Forderung der Obrigkeit". Vgl. Stobbe IV S. 506.

[19] Dieß schon nach römischen Recht: l. 1 pr. l. 7 § 3. 7. 8 D. de adm. 26. 7, l. 2 D. de feriis 2. 12, l. 9 D. de mun. 50. 4, l. 3 C. de susp. 5. 43.

* Glück XXX S. 300 fg., Rudorff II S. 357 fg., Stobbe IV § 272.

[1] L. 22. 24 C. h. t. 5. 37, l. 3 C. de per. 5. 38. § 439.

[2] L. 5 § 9 l. 7 § 1 D. h. t. 26. 7, l. 22 C. eod. 5. 37, l. 3 C. de per. 5. 38.

[3] L. 15 l. 39 § 14. 16 l. 43 pr. l. 57 pr. D. h. t. 26. 7, l. 18 l. 24 i. f. C. h. t. 5. 37, l. 2 C. arb. tut. 5. 51. Gesterding Arch. f. civ. Pr. II S. 234 fg.

[4] L. 9 § 5 D. h. t. 26. 7, l. 23 C. eod. 5. 37.

Vormund selbst Gläubiger oder Schuldner ist, macht dabei keinen Unterschied[5].

2) Der Vormund muß ferner dafür sorgen, daß von dem Vermögen des Mündels derjenige Ertrag gezogen werde, welchen dasselbe zu gewähren im Stande ist, ohne jedoch dabei zu einem außergewöhnlichen Aufwand von Zeit und Kraft verpflichtet zu sein[6]. Namentlich[6a] Geld des Mündels muß der Vormund entweder in fruchttragenden Grundstücken anlegen, oder, wenn dieß nicht ausführbar ist, auf Zinsen ausleihen[7]; säumt er damit[8], so muß er landes-

[5] L. 9 § 2 3. 5 D. h. t. 26. 7. Vgl. l. 34 [35] § 3 D. de neg. gest. 3. 5.

[6] L. 47 § 6 D. h. t. 26. 7. Hat er aber einen solchen Aufwand wirklich gemacht, so darf er den dadurch gezogenen Gewinn nicht für sich behalten, l. 58 pr. eod.

[6a] Grundstücke: l. 32 § 2 D. h. t. 26. 7.

[7] L. 24 C. h. t. 5. 37, l. 3 § 2 l. 5 pr. l. 7 § 3 l. 8 l. 13 § 1 l. 58 § 1. 3 D. eod. 26. 7, l. 3 C. de usur. pup. 5. 56. Die Behauptung Puchta's (§ 349. f), die Vorschrift, daß der Vormund in erster Linie Grundstücke ankaufen solle, sei nur als wirthschaftliche, nicht als rechtliche zu verstehen, und gelte nur, wenn sie durch die Umstände wirthschaftlich gerechtfertigt werde, findet in den genannten Quellenzeugnissen keine Unterstützung. Deutsche Particularrechte: Stobbe IV S. 502 lit. d. — Justinian hat später (Nov. 72 c. 6) den Vormund von der Verpflichtung, das Geld des Mündels auszuleihen, wofern nur sonst hinreichende Einkünfte vorhanden seien, ganz befreit, dafür aber vorgeschrieben, daß, wenn er das Geld dennoch ausleihen wolle, er dieß auf seine Gefahr thue. Aber diese Vorschrift ist durch eine einmüthige Praxis beseitigt worden. Glück XXX S. 326 fg., Rudorff II S. 367, Kraut II S. 136 fg. Ueber die Nov. 72 c. 6 überhaupt s. Marezoll Arch. f. civ. Pr. S. 40 fg. Glück S. 315 fg., Rudorff S. 365 fg., Sintenis § 149 Anm. 35. — Verantwortlichkeit des Vormundes, wenn er bei der Anlage des Mündelgeldes nicht mit der gehörigen Sorgfalt verfährt: l. 50 D. h. t. 26. 7, vgl. l. 35 l. 44 eod. Vgl. noch Glück S. 328, Kraut S. 139—141. Seuff. Arch. III. 72, IV. 100, XI. 253, XIII. 150, XVII. 218. Den Beweis der gehörigen Sorgfalt muß der Vormund führen; er ist nicht zur Anlage verpflichtet, sondern zur gehörigen Anlage. S. auch l. 11 D. de prob. 22. 3, l. 1 § 13 D. de mag. conv. 27. 8, und vgl. § 410 Note 4 a. E., § 430 Note 5 a. E. Hesse Arch. f. prakt. RW. N. F. XIII S. 26. Hat der Vormund das Mündelgeld an verschiedene Schuldner ausgeliehen, so kann er den bei dem einen Capital durch außergewöhnlich gute Anlage erzielten Vortheil gegen den durch seine Schuld bei einem andern Capital eingetretenen Verlust aufrechnen. Oder mit anderen Worten: er kann verlangen, daß der Mündel entweder alle Capitalien nehme, wie sie sind, schlecht oder gut, oder daß er auf sämmtliche verzichte, wo dann der Vormund nichts zu ersetzen hat, als die ausgeliehenen Summen mit den ortsüblichen Zinsen. L. 7 § 6 l. 16 D. de adm. 26. 7, l. 11 § 1 D. de usur. 22. 1. Vgl. über diese Stellen Glück XXX S. 331 fg., Rudorff III S. 79. 80, Sintenis § 149 Anm. 57. — Im Allgemeinen vgl. noch F. Hecht die Mündel- und Stiftungsgelder in den deutschen Staaten. Stuttgart 1875.

[8] Nach l. 7 § 11 l. 15 D. h. t. 26. 7 hat der Vormund für vorgefundenes Geld eine Frist von 6, für neu eingenommenes von 2 Monaten. Dieß ist aber

übliche Zinsen als Schadenersatz zahlen[9]. Für Mündelgeld, welches er unredlicherweise in seinem eigenen Nutzen verwendet hat, zahlt er die höchsten erlaubten Zinsen[10].

3) Bietet sich dem Mündel Gelegenheit zu einem Erwerbe ohne Aufopferung, so darf der Vormund auch diese nicht vorübergehen lassen, so wie er andererseits haftet, wenn er sich in Beziehung auf einen solchen Erwerb unbesonnen benommen hat[11].

4) Inwiefern der Vormund dem Mündel Ausgaben, welche er aus dessen Vermögen gemacht hat, in Rechnung bringen darf, bestimmt sich nach denselben Grundsätzen, nach welchen sich bestimmt, inwiefern der Vormund von dem Mündel Ausgaben zurückfordern kann, welche er für denselben aus seinem eigenen Vermögen gemacht hat[12]. Was

---

zu verstehen vorbehaltlich des Gegenbeweises des Vormundes, daß ihm eine Anlage innerhalb dieser Frist nicht möglich gewesen sei (l. 12 § 4 D. h. t. 26. 7, l. 3 C. de us. pup. 5. 56), so wie des Mündels, daß dem Vormund eine frühere Anlage möglich gewesen sei (l. 13 § 1 D. h. t. 26. 7: es wird dem Vormund dargethan, daß er sein eigenes Geld angelegt habe). Vgl. übrigens auch Glück XXX S. 327, Sintenis S. 229 Anm. Col. 2.

[9] L. 7 § 3. 7 l. 58 § 3 D. h. t. 26. 7, l. 7 § 10 eod. Höhere Zinsen zahlt der Vormund, wenn der Schaden des Mündels noch größer war, l. 7 § 10 D. h. t. Auch zur Strafe kann dem Vormund durch Verfügung der Obervormundschaftsbehörde die Zahlung von höheren Zinsen auferlegt werden, l. 7 § 10 cit. Daß andererseits die Verpflichtung des Vormundes durch die Bestimmung des Erblassers, von welchem das Mündelvermögen herrührt, gemindert werden kann (l. 47 § 4 D. h. t.), versteht sich von selbst.

[10] L. 7 § 4 10. 12 D. h. t. 26. 7, l. 37 [38] D. de neg. gest. 3. 5, l. 3 § 3 D. de contr. tut. 27. 4, l. 3 C. arb. tut. 5. 51. Ueber neuere particularrechtliche Vorschriften vgl. Stobbe S. 506 Note 41. Unredliche Verwendung ist es nicht, wenn der Vormund selbst das Geld als Darlehn nimmt, l. 9 § 7 D. h. t. 26. 7 (vgl. l. 54 eod.). Vgl. Römer Zeitschr. f. Handelsr. XIX S. 71 fg., Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock VII S. 247, [M. Rümelin das Selbstcontrahiren des Stellvertreters S. 159 fg.]. Nach l. 46 § 2 eod. soll es auch keine unredliche Verwendung sein, wenn der Vormund das Geld in seinem Namen ausleiht; dabei wird aber vorausgesetzt, daß der Vormund sich in der Vormundschaftsrechnung zu gleichem Betrage als Schuldner des Mündels belaste, so daß dieser Fall genau betrachtet kein anderer ist, als der Fall der l. 9 § 7 cit. (vgl. l. 3 C. arb. tut. 5. 51). Doch bleibt auch die Möglichkeit, die l. 46 § 2 cit. von einem Fall zu verstehen, wo der Vormund nicht das Darlehn in seinem Namen gegeben, sondern bloß die Stipulation auf seine Person gestellt hat (l. 9 pr. eod.). Vgl. l. 7 § 6 l. 16 D. eod. und § 442 Note 2.

[11] L. 21 C. h. t. 5. 37, l. 26 init. eod., l. 39 § 3 D. h. t. 26. 7, l. 11 D. de auct. tut. 26. 8, l. 3 § 17 D. de susp. 26. 10, l. 4 C. arb. tut. 5. 51, l. 7 § 3 C. de cur. fur. 5. 70, l. 15 § 9 — l. 18 D. loc. 19. 2, l. 67 § 6 D. de R. N. 23. 2, l. 11 D. de B. P. 37. 1. Vgl. Stobbe IV S. 504 lit. i.

[12] § 438 Note 13. Im Besonderen: Abtragung von Schulden, l. 9 § 5. 6 l. 32 § 6 D. h. t. 26. 7, l. 13 § 2 D. eod., l. 6 § 3 l. 67 § 1 D. de cond. ind. 12. 6; Proceßkosten, l. 1 § 9 D. de tutelae 27. 3, l. 9 § 6 D. h. t. 26. 7;

speciell die Ausgaben für die persönlichen Bedürfnisse des Mündels angeht, so kann der Vormund, wenn er sicher gehen will, sich ein Maß für dieselben von der obervormundschaftlichen Behörde bestimmen lassen[13]; abgesehen hiervon entscheidet auch in Beziehung auf sie das wohlerwogene Interesse des Mündels[14]. Auch zu Liberalitäten im Namen des Mündels ist der Vormund befugt, wenn dieselben von einer sittlichen oder nicht zu umgehenden Anstandspflicht gefordert werden[15].

β. Macht des Vormundes.

§ 440.

1. Der Vormund ist befugt, die Rechte des Mündels geltend zu machen und klagend zu verfolgen[1]. Andererseits ist er auch der rechte Beklagte gegenüber den Ansprüchen, welche gegen den Mündel erhoben werden[2].

2. Zur Erzeugung rechtlicher Wirkungen für den Mündel ist der Vormund unbedingt befugt, soweit der Mündel dadurch bereichert wird; dagegen hat er die Macht zu Veräußerungen des Mündelvermögens und zu Belastungen des Mündels mit Verpflichtungen nur unter wesentlichen Beschränkungen.

Reisekosten, l. 1 § 9 cit.; Honorar eines Sachverständigen, dessen Zuziehung nöthig geworden ist, l. 1 § 7 eod. S. auch l. 1 § 6 eod.

[13] L. 3 l. 2 § 1. 2 D. ubi pup. 27. 2, l. 2 C. de alim. pup. praest. 5. 50. Elterliche Bestimmung ersetzt die obervormundschaftliche nicht: l. 2 § 3 D. ubi pup. 27. 2, l. 47 § 1 D. h. t. 26. 7.

[14] L. 2 pr. D. ubi pup. 27. 2, l. 1 § 8 D. de tutelae 27. 3, l. 12 § 3 l. 13 pr. D. h. t. 26. 7, l. 2 § 1 D. ubi pup. 27. 2, l. 2 C. de alim. pup. praest. 5. 50. Mitgift und Heirathskosten: l. 52 D. h. t. 26. 7, l. 9 C. eod. 5. 37, l. 60 D. de I. D. 23. 3.

[15] Alimente an Mutter oder Schwester des Mündels: l. 13 § 2 D. h. t. 26. 7, l. 1 § 2. 4 D. de tutelae 27. 3. Regelmäßig wiederkehrende Festgeschenke an Aeltern und Verwandte: l. 12 § 3 D. h. t. 26. 7. Dagegen ist dem Vormund ein Hochzeitsgeschenk an die Mutter oder Schwester des Mündels nicht gestattet: l. 13 § 2 eod., l. 1 § 5 D. de tutelae 27. 3. (Auch heutzutage nicht? Glück XXX S. 340. 341, Sintenis § 149 Anm. 88). Eine Mitgift darf der Vormund nur der vollbürtigen Schwester des Mündels, nicht der halbbürtigen geben, l. 12 § 3 D. h. t. 26. 7. S. im Allgemeinen l. 12 § 2 eod. „Nimium est, licere tutori respectu existimationis pupilli erogare ex bonis eius, quod ex suis non honestissime fuisset erogaturus". Vgl. l. 17 D. de cur. fur. 27. 10.

§ 440. [1] S. z. B. l. 46 § 7 l. 1 § 4 D. de adm. 26. 7, l. 18 C. eod. 5. 37. Einwand des Mangels der Legitimation des bestellenden Gerichts: Seuff. Arch. XXXVII. 126. — Der Vormund kann nicht Namens des Mündels auf Scheidung klagen. Seuff. Arch. XXXI. 248, Entscheid. d. RG. VI S. 157, IX S. 221 (Seuff. Arch. XXXIX. 25). Auch nicht auf Nichtigkeit der Ehe? Bejaht vom OT. zu Berlin (Seuff. Arch. XXXI. 248), verneint vom RG. (Entsch. IX S. 221).

[2] S. z. B. l. 9 § 5 i. f. l. 1 § 2. 3 D. eod., l. 28 C. eod.

a) Er hat die Macht zu denselben nur insoweit, als die ihm obliegende Verwaltung sie mit sich bringt[3]. Daher sind nichtig Schenkungen[4] (mit der § 439 z. E. bezeichneten Ausnahme), nichtig alle arglistigen Eingriffe in das Vermögen des Mündels[5], und ebenso entsteht aus widerrechtlichen Handlungen des Vormundes keine andere Verpflichtung für den Mündel, als die zur Herausgabe der ihm dadurch erwachsenen Bereicherung[6].

b) Nichtig ist die Veräußerung des Vormundes an sich selbst[7]. Ebensowenig kann der Vormund sich selbst zum Gläubiger des Mündels machen[8].

---

[3] Zwar ist der Vormund dem Mündelvermögen gegenüber „domini loco", „vice domini" (l. 57 [56] § 4 D. de furt. 47. 2, l. 157 pr. D. de R. I. 50. 17); aber nur „quantum ad providentiam pupillarem" (l. 27 D. de adm. 26. 7), „cum tutelam administrat" (l. 7 § 3 D. pro emt. 41. 4). Seuff. Arch. XXIV. 126, XXVIII. 213, XXIX. 230, XXXI. 149. [Entsch. d. RG. XV S. 199.]

[4] L. 16 C. de adm. 5. 37, vgl. l. 12. 17 D. de cur. fur. 27. 10, l. 13 D. de manum. 40. 1.

[5] L. 7 § 3 D. pro emt. 41. 4: — „tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cum tutelam administrat, non cum pupillum spoliat". S. noch l. 12 § 1 D. de adm. 26. 7, l. 16 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 20 § 1 (vgl. l. 34 § 1) D. de nov. 46. 2, l. 5 § 2 D. de auct. 26. 8.

[6] L. 13 § 6. 7 D. de A. E. V. 19. 1, l. 3. 4 D. quando ex facto 26. 9, l. 1 § 2 D. si quis ius dic. 2. 3, l. 15 pr. D. de dolo 4. 3, l. 17 § 1. 2 D. de damno inf. 39. 2, l. 4 D. de tab. exh. 43. 5, l. 5 § 12 l. 11 § 6 D. quod vi aut cl. 43. 24, l. 198 D. de R. I. 50. 17. Es hat sich aber in der römischen Jurisprudenz die eigenthümliche Auffassung geltend gemacht, daß aus Delicten, welche der Vormund bei Verwaltung des Mündelvermögens begehe, der Mündel eben dadurch reicher werde, daß ihm ein Ersatzanspruch gegen den Vormund erwachse. L. 61 D. de adm. 26. 7, l. 3 § 1 D. de trib. act. 14. 4, l. 21 § 1 D. de pec. 15. 1, l. 1 § 6 D. ne vis fiat ei 43. 4. Glück XXXI S. 18 fg., Rudorff II S. 340 fg.

[7] Dieß gilt übrigens in gleicher Weise für jeden anderen Verwalter fremden Vermögens. L. 34 § 7 l. 46 D. de contr. emt. 18. 1, l. 5 § 2 — l. 6 D. de auct. 26. 8. S. § 388 Note 14. Anders wenn der Vormund „palam" z. B. kauft, etwa von einem Mitvormund, oder von einem Gläubiger des Mündels oder bei einer Versteigerung. L. 5 § 2—4 D. de auct. 26. 8, l. 2 § 8 D. pro emt. 41. 4, l. 5 C. de contr. emt. 4. 38. Seuff. Arch. I. 84; s. aber auch V. 193. Arglistigen Verkauf an sich selbst bestraft das römische Recht mit dem Vierfachen, l. 46 D. de contr. emt. 18. 1 (das „officium" dieser Stelle umfaßt das vormundschaftliche Amt mit). Literatur: Fitting Arch. für civ. Pr. LI S. 249 fg., Römer Zeitschr. f. Handelsr. XIX S. 77 fg. 84 fg.

[8] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich bezeugt, aber deßwegen wohl nicht weniger unzweifelhaft. Auch auf dem Wege der Cession kann der Vormund sich nicht zum Gläubiger des Mündels machen (§ 335 Ziff. 2. c). A. M. Römer a. a. O. S. 93 Note 21a. Vgl. Entscheid. des OAG. zu Rostock VII S. 247. — Sich selbst ein Darlehn zu geben, ist dem Vormund gestattet, l. 9 § 7 D. de adm. 26. 7. Römer a. a. O. S. 72 fg. versteht diese Stelle auch von dem Geben eines Darlehns durch den Vormund an den Mündel, was mir bedenklich scheint.

c) Eine jede Veräußerung ist nichtig ohne Gestattung der Obervormundschaftsbehörde. Hiervon ist näher zu handeln (§ 441).

d) Alle an und für sich zu Recht bestehenden Veräußerungen und Belastungen unterliegen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[9].

§ 441*.

1. Der Satz, daß die Veräußerung von Mündelvermögen der obervormundschaftlichen Gestattung bedürfe, gilt für das gesammte Capitalvermögen des Mündels, ohne Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen, körperlichen und unkörperlichen Sachen[1]; bloß ganz werthlose und überflüssige Sachen sind ausgenommen[2]. Er gilt aber auch nur für das Capitalvermögen, nicht für die Einkünfte[3]; dieselben müßten denn über 2 Jahre rückständig sein, oder es müßte die rückständige Summe mehr als 100 Ducaten betragen[4].

2. Unter Veräußerung[5] ist nicht bloß die Veräußerung im engeren

---

[9] S. I § 117 Note 3. Vgl. Seuff. Arch. XXXII. 152.

* Dig. 27. 9 de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis. Cod. 5. 71 de praediis et aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis. Cod. 5. 72—74. — Glück XXXII S. 444 fg. XXXIII S. 1 fg. Rudorff II S. 383 fg. Bachofen ausgewählte Lehren des röm. Civilrechts Nr. 4. Schröder Zur Lehre von den gesetzlichen Veräußerungsverboten (Heidelberg 1875) S. 95 fg.

§ 441. [1] Das Erforderniß der obervormundschaftlichen Gestattung wurde ursprünglich — durch eine oratio des Kaisers Septimius Severus und einen darauf folgenden Senatsbeschluß, l. 1 § 2 D. h. t. — nur für praedia rustica und suburbana (über diesen Begriff s. l. 16 C. h. t.) aufgestellt, durch die Jurisprudenz und die spätere kaiserliche Gesetzgebung aber, namentlich durch ein Gesetz Constantin's, in der angegebenen Weise erweitert. L. 3 § 4. 5 D. h. t., l. 3 § 6 l. 4 l. 5 pr. eod., l. 22. 25 C. de adm. 5. 37. Unkörperliche Sachen: dingliche Rechte, l. 3 § 4. 5 D. h. t.; obligatorische Rechte, l. 25 C. cit., § 2 I. quib. alien. 2. 8. In den beiden letzten Stellen wird bestimmt, daß selbst Zahlung an den Vormund ohne richterliches Decret dem Mündel sein Forderungsrecht nicht nehmen solle (vgl. Seuff. Arch. I. 251, XI. 53; IX. 307); um so mehr bedarf Veräußerung des Forderungsrechts durch Cession oder Novation der obervormundschaftlichen Zustimmung. L. 22 D. de adm. 26. 7, l. 20 § 1 l. 34 § 1 D. de nov. 46. 2 enthalten das Recht ihrer Zeit: die Compilatoren haben eine Aenderung dieser Stellen versäumt oder für überflüssig gehalten. Doch ist dieser Punkt streitig. Vgl. Mühlenbruch Cession § 41, Glück XXX S. 10, Sintenis § 149 Anm. 77. Für das Erforderniß der obrigkeitlichen Zustimmung: Entscheid. des RG. XII S. 152 (Seuff. Arch. XXXVIII. 137). — S. noch l. 5 § 2 D. h. t. „Si pupillus alienum fundum bona fide emtum possideat, dicendum puto, nec hunc alienare tutores posse". Ueber den Schluß dieser Stelle s. Glück XXXIII S. 6 Note 8, Bachofen S. 126 Note 40.

[2] L. 22 i. f. C. de adm. 5. 37, l. 4 C. quando decreto 5. 72.

[3] L. 28 § 5 l. 25 C. de adm. 5. 37.

[4] L. 27 C. eod. Das Gesetz nennt 100 solidi: vgl. § 367 Note 2. S. noch Sintenis § 149 Anm. 76.

[5] Vgl. I § 69 (S. 190).

Sinne, d. h. die Uebertragung eines dem Mündel zustehenden Rechts zu verstehen, sondern auch das bloße Aufgeben eines (erworbenen) Rechts[6]. Auch der Antrag auf Theilung ist Veräußerung im Sinn der gesetzlichen Vorschrift[7]. Nichtunterbrechung einer Verjährung hindert nicht den Verlust des Rechts, verpflichtet aber den dadurch Bereicherten zur Wiederherstellung desselben[8]. — Ob die Veräußerung eine totale, oder nur eine partielle ist, ist gleichgültig[9].

3. Auf den Grund der Veräußerung[10] kommt nur insofern etwas an, als die obervormundschaftliche Gestattung nicht erforderlich ist bei der Veräußerung zum Zweck der Erfüllung einer durch Erbschaft auf den Mündel übergegangenen Verpflichtung[11], ferner nicht bei der Verpfändung zum Zweck der Bestellung einer Proceßcaution in einem gegen den Mündel erhobenen Proceß[12].

4. Die obervormundschaftliche Gestattung[13] darf nur aus Gründen der Noth, nicht aus Gründen des Nutzens ertheilt werden; sonst ist sie nichtig[14]. Ferner ist sie nichtig, wenn sie nicht nach gepflogener

---

[6] L. 5 § 8 D. h. t., vgl. l. 7 C. h. t. Seuff. Arch. XIII. 100, XVIII. 148, XX. 142.

[7] L. 7 pr. D. l. 17 C. h. t., vgl. l. 1 § 2 l. 5 § 16 l. 6 D. h. t. Vgl. Bachofen S. 157 fg. Seuff. Arch. XIII. 149, XVI. 59.

[8] L. 3 § 5 D. h. t. — „An ergo (ususfructus) nec non utendo amittatur, si tutor causam praebuerit huius rei? Et manifestum est, restaurari debere". Vgl. l. 5 § 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. „Si donationis causa vir vel uxor servitute non utatur, puto amitti servitutem, verum post divortium condici posse". — In anderen Fällen tritt auf Grund einer Nichtthätigkeit des Vormundes die betreffende rechtliche Wirkung ohne die bezeichnete Verpflichtung ein, l. 3 § 1 D. h. t., l. 23 C. de adm. 5. 57. — Daß der Pfandverkauf durch den nicht befriedigten Pfandgläubiger nicht unter die Senatsvorschrift falle, hatte für einen besonderen Fall diese selbst ausdrücklich ausgesprochen, und erkannte die Jurisprudenz und die spätere Gesetzgebung ohne Beschränkung an. L. 1 § 2 D. h. t., l. 2 C. si adv. vend. pign. 2. 28 [29]; l. 7 § 1 D. h. t., l. 1 C. h. t. — Vgl. noch l. 3 § 2. 3 D. h. t.

[9] L. 3 § 5 l. 7 § 5 l. 8 § 2 D. h. t., l. ult. C. de reb. al. non alien. 4. 51.

[10] Im Einzelnen werden in den Quellen außer dem Kauf genannt: Tausch (l. 4 C. h. t.), Vergleich (l. 4 cit.), Schenkung (l. 4 cit., l. 4 C. si quis ign. 5. 73), Mitgiftbestellung und Eheschenkung (l. 22 C. de adm. 5. 37, l. 8 C. h. t.), Erfüllung (l. 5 § 4. 5 D. h. t.), Leistung an Erfüllungsstatt (l. 15 C. h. t.).

[11] L. 5 § 6. 7 D. h. t., l. 1 C. quando decr. 5. 72.

[12] L. 28 § 3 C. de adm. 5. 37.

[13] Ueber die Competenzfrage s. Glück XXXIII S. 37. 43, Rudorff II S. 420. 421, Kraut II S. 147. — Das Recht der Beschwerde wegen Verweigerung der obervormundschaftlichen Gestattung steht nur dem Vormund selbst, nicht dem anderen Contrahenten zu: Seuff. Arch. XIX. 241.

[14] Die Senatsvorschrift selbst erlaubte die Gestattung der Veräußerung nur wegen drängender Schulden, l. 1 § 2 D. h. t., und diese Beschränkung wiederholt Ulpian in seinem Commentar zu derselben, indem er Gründe des Nutzens

Untersuchung[15], oder wenn sie auf Grund unwahrer Angaben[16], oder anders als durch ein förmliches Decret ertheilt worden ist[16a].

5. Die obervormundschaftliche Gestattung wird ersetzt durch die Erlaubniß des Erblassers, von welchem die zu veräußernde Sache herrührt[17], und des Regenten[18].

6. Die ohne gehörige Gestattung geschehene Veräußerung ist nichtig; der Mündel kann daher das Veräußerte von jedem Besitzer abfordern[19], muß jedoch dem Besitzer ersetzen, worum er durch dessen Gegenleistung reicher geworden ist[20]. Daneben bleibt natürlich dem

ausdrücklich ausschließt, l. 5 § 14 D. h. t. Von der anderen Seite wird in l. 61 § 1 D. de I. D. 23. 3 auch Mitgiftbestellung für die Mündelin, und in l. 6 C. h. t. „necessitas" überhaupt als rechtfertigender Veräußerungsgrund zugelassen. Ueber den Fall der Noth aber ist man nicht hinausgegangen. Zwar scheint l. 4 C. h. t. nach einem sehr nahe liegenden argumentum a contrario auch Veräußerung zum Zweck des Vergleiches und des Tausches zu gestatten; aber dieses Argument ist trügerisch. Denn es führt dahin, daß die Obrigkeit auch Schenkungen durch ihre Zustimmung gültig machen könne, und dem widerspricht mit ausdrücklichen Worten l. 3 C. si maior factus 5. 74: „cum . . donationes a minoribus necdum decreto celebrari possint . .", vgl. Seuff. Arch. VIII. 61). Dieser Stelle gegenüber muß sich l. 17 D. de cur. fur. 27. 10 trotz aller entgegenstehender Gründe bequemen, auf den Fall des Wahnsinns beschränkt zu werden. Sintenis § 149 Anm. 94 nimmt auf Grund dieser letzteren Stelle an, daß die Obrigkeit aus Nützlichkeitsgründen Schenkungen, nicht aber andere Veräußerungen genehmigen könne. — Die deutschen Particularrechte erweitern sehr gewöhnlich die Genehmigungsmacht der Obrigkeit auf Nützlichkeitsgründe, und Kraut II S. 145 fg. ist auf Grund davon geneigt, auch für das gemeine Recht ein Gewohnheitsrecht gleichen Inhalts anzunehmen. Dafür auch Seuff. Arch. III. 334. S. auch Rudorff II S. 419, Stobbe IV S. 501; andererseits aber Glück XXXIII S. 33 fg.

[15] L. 5 § 9. 10. 11 l. 11 D. h. t., l. 6. 12 C. eod.

[16] L. 1 § 2 l. 5 § 15 D. h. t., l. 5 C. eod.

[16a] L. 6. 12 C. h. t. Daß das Decret der Veräußerung vorhergehe, ist, obgleich in den Quellen als das Regelmäßige vorausgesetzt, nicht nothwendiges Erforderniß. Vgl. Glück XXXIII S. 45 fg., Rudorff II S. 424; auch in diesem Lehrbuch I § 83 Note 5. 6.

[17] L. 1 § 2 l. 14 D. h. t., l. 3 C. quando decr. 5. 72. Bachofen S. 153 fg.

[18] L. 2 C. quando decr. 5. 72. Vgl. Glück XXIII S. 97.

[19] L. 5 § 15 (l. 1 § 2) D. h. t., l. 3. 4. 8. 10. 11. 15. 16 C. h. t., l. 2. 3. 4 C. si quis ign. 5. 73. — Beweislast: Glück XXIII S. 56 fg., Rudorff II S. 428 fg. — Nichtigkeit des Kaufs auch für den Käufer nimmt an das Erk. bei Seuff. Arch. XIV. 101. Ebenso Schröder S. 100. Dawider spricht die Analogie des Rechts, welches für die von dem impubes ohne auctoritas tutoris abgeschlossenen gegenseitigen Rechtsgeschäfte gilt. Vgl. § 321 Note 22.

[20] L. 7 § 5 l. 13 § 1 D. h. t., l. 4. 10. 14. 16 C. eod. — Die Behauptung Rudorff's (II S. 432) und Bachofen's (S. 144 fg.), daß in Betreff der in l. 13 § 1 cit. erwähnten Frage die strengere Meinung des Papinian über die mildere des Paulus die Oberhand gewonnen habe, kann trotz l. 16 C. cit. gegenüber l. 4. 10. 14 citt. als richtig nicht anerkannt werden; s. auch Sintenis § 149 Anm. 114. — Persönliche Haftung des Vormundes, wenn er dieselbe

Mündel sein Entschädigungsanspruch gegen den Vormund unbenommen, so jedoch daß die Durchführung des einen Anspruchs den andern ausschließt[21].

7. Die Nichtigkeit der Veräußerung wird gehoben durch eidliche Bestärkung des geschlechtsreifen Mündels[22] oder einfache Genehmigung nach erreichter Großjährigkeit[23]; ferner durch fünfjähriges Schweigen des Mündels nach erreichter Großjährigkeit[24].

übernommen hat. L. 9 C. h. t. Anders versteht diese Stelle Schröder S. 100 fg., welcher aus derselben herleitet, daß dem gutgläubigen Erwerber ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse unbedingt zustehe.

[21] L. 5 § 15 l. 10 D. h. t. Vgl. Seuff. Arch. XIX. 163.

[22] L. 1 C. si adv. vend. 2. 27 [28] und dazu Auth. Frid. I. *Sacramenta puberum*. S. I § 83a Note 4.

[23] L. 2 C. si maior factus alienationem factam sine decreto ratam habuerit 5. 74, l. 1. 2 C. si maior factus ratum habuerit 2. 45 [46]. — Beerbung des Vormundes: Seuff. Arch. XXXIX. 87.

[24] L. 3 C. si maior factus 5. 74, von Justinian. Aelteres Recht: l. 2 C. eod., l. 3. 4 C. si quis ign. 5. 73, l. 1 C. Th. de praed. min. sine decreto non alienandis 3. 32. Die l. 3 C. cit. hat eine ganze Literatur; s. außer Glück XXXIII S. 73 fg. und Rudorff II S. 435 fg.: v. Berg jur. Beobachtungen und Rechtsfälle I S. 153 fg. (1802), G. Ph. v. Bülow Abhandlungen über einz. Materien des röm. bürg. R. I S. 251—263 (1817), Marezoll Arch. für civ. Pr. VIII S. 279 fg. (1825), v. Buchholtz jur. Abhandlungen Nr. 19 (1833), Unterholzner Verjährungslehre II § 163 (2. Aufl. 1858). Die Punkte, auf welche es hauptsächlich ankommt, sind folgende. a) Bezieht sich das Gesetz, wie im Text angenommen worden ist, auch auf die Veräußerung von Sachen, geschlechtsunreifer, oder nur auf die Veräußerung von Sachen geschlechtsreifer Mündel? Der Zweifelgrund ist, daß das Gesetz nur von minores spricht. Aber dieß erklärt sich vollkommen daraus, daß die Verjährung, welche es einführt, erst von der maior aetas an laufen soll. Auch die l. 1 C. Th. cit. nennt nur die minores. A. M. Glück S. 78 fg., v. Bülow S. 255 fg., v. Buchholtz S. 251, Unterholzner S. 49, Seuff. Arch. XVI. 121, XXXIII. 139; übereinstimmend Rudorff S. 440, Seuff. Arch. XI. 160. Vgl. noch Sintenis § 149 Anm. 118. b) Bezieht sich das Gesetz auch auf den Fall, wo der Vormund für den Mündel, oder nur auf den Fall, wo der Mündel selbst gehandelt hat? Das Gesetz setzt in seinem späteren Verlauf den Minderjährigen als Handelnden voraus; im Anfange aber heißt es allgemein: „Si quando sine decreto minorum . . . res alienantur vel supponuntur". Wenn man geltend macht, daß im Fall der Veräußerung durch den Vormund die Wissenschaft des Mündels von derselben eine zweifelhaftere sei, so ist darauf zu antworten, daß nach der Bestimmung des Gesetzes die Verjährung auch gegen den Erben des Minderjährigen laufen soll, bei welchem die Möglichkeit des Nichtwissens noch viel näher liegt. Uebereinstimmend Glück S. 94, v. Buchholtz S. 252, Rudorff S. 440, Seuff. Arch. XI. 160; a. M. Unterholzner S. 48. c) Gehoben wird durch den Ablauf der 5 Jahre nur diejenige Ungültigkeit, welche ihren Grund in dem Mangel der obrigkeitlichen Genehmigung hat, nicht die Ungültigkeit der Veräußerung überhaupt. Daher nimmt das Gesetz den Fall der Schenkung aus; „cum . . . donationes a minoribus necdum decreto celebrari possint". Die folgenden Worte: „si minor vel post veniam aetatis rem immobilem donationis titulo

§ 442.

Was die formale Seite der rechtlichen Thätigkeit des Vormundes in Angelegenheiten des Mündels angeht, so ist es heutzutage das Gewöhnliche und fast Ausschließliche, daß der Vormund im Namen des Mündels handelt [1], während dieß bei den Römern nur in beschränktem Maße zulässig war [2]. Der Vormund kann aber auch den Mündel selbst handeln lassen. In diesem letzteren Falle besteht dasjenige, was der Vormund seinerseits zu der Handlung des Mündels hinzuzuthun

in alium . . . transscripserit" sind so zu verstehen: si minor rem, vel post veniam aetatis rem immobilem *cett.*, und erklären sich aus l. 3 C. de his qui veniam 2. 44 [45]. Vgl. über diesen Schluß der Stelle Glück S. 93 fg., v. Bülow S. 262 fg., Marezoll a. a. O., v. Buchholtz S. 253 fg., Rudorff S. 442 fg., Sintenis Anm. 118 a. E. d) Durch den Ablauf der fünf Jahre wird nicht etwa bloß eine Einrede zu Gunsten des Besitzers erzeugt, sondern es wird die nichtige Veräußerung gültig gemacht, und zwar von Anfang an; das Gesetz sieht in dem Stillschweigen während fünf Jahre eine Bestätigung (confirmatio). „Ideoque praecipimus, si per quinque continuos annos post impletam minorem aetatem . . connumerandos nihil conquestus est super tali alienatione vel suppositione is qui eam fecit vel heres eius, minime posse retractari eam occasione praetermissi decreti, sed sic tenere, quasi ab initio legitimo decreto fuisset res alienata vel supposita". Ueber diesen Punkt ist kein Streit. Seuff. Arch. XXI. 26. e) Es kann mit Fug nicht bezweifelt werden, daß im Sinne des Gesetzes zur Unterbrechung des „silentium" Klageanstellung erforderlich ist. Glück S. 90 fg., v. Bülow S. 260 fg., Rudorff S. 441.

§ 442. [1] Vgl. Kraut II S. 115, Sintenis III S. 182 in der Anm., Stobbe IV S. 493.

[2] S. I § 73, II § 313. Bei den Römern mußte, abgesehen von Ausnahmefällen (s. die genannten §§), der Vormund entweder den Mündel selbst handeln lassen (s. das im Text sogleich Folgende), oder, bei Erwerbshandlungen, einen Sclaven des Mündels (l. 9 pr. D. de adm. 26. 7, l. 2. 6 D. rem pup. 46. 6), oder er mußte in eigenem Namen handeln, also sich selbst berechtigen und verpflichten. In diesem letzten Falle gingen aber die in seiner Person erzeugten Rechte und Verbindlichkeiten, wenn nicht sofort, so doch jedenfalls nach beendigter Vormundschaft von Rechtswegen auf den Mündel über; und auch während der Dauer der Vormundschaft konnten die von ihm übernommenen Verbindlichkeiten gegen ihn selbst, wenn überhaupt, nur bis zum Belange des Mündelvermögens geltend gemacht werden. L. 9 pr. D. de adm. 26. 7, l. 2 D. quando ex facto 26. 9, l. 2. 4 C. eod. 5. 39; l. 26 C. de adm. 5. 37, l. 1 C. quando ex facto 5. 39; l. 43 § 1 D. de adm. 26. 7, vgl. l. 4 § 1 D. de evict. 21. 2; l. 2 pr. D. de adm. 26. 7, l. 6. 7 D. quando ex facto 26. 9, l. 4 § 1 D. de re iud. 42. 1, vgl. l. 5 D. quando ex facto 26. 9, l. 1 C. eod. 5. 39, l. 15 D. si quis caut. 2. 11. Anders, wenn der Vormund nicht nur in eigenem Namen, sondern auch nicht als Vormund handelte: l. 39 § 4 l. 43 § 1 D. de adm. 26. 7, l. 5 § 1 D. quando ex facto 26. 9, l. 4 C. si tut. vel cur. interv. 2. 24 [25]; auch l. 46 § 2 D. de adm. 26. 7 ist wohl hierher zu stellen (§ 439 Note 10). Zur Vervollständigung des Quellenmaterials ist noch hinzuzufügen: l. 11 § 7 D. de pign. act. 13. 7, l. 5 C. quando ex facto 5. 39. Vgl. über das Ganze Mühlenbruch Cession S. 136. 141. 142, Savigny Obl. II S. 36 fg., Buchka Stellvertret. § 7, Schmid Cession I S. 389 fg. 396 fg.

hat, wenn der Mündel das Alter der Geschlechtsreife noch nicht erreicht hat, in einer Theilnahme an der Handlung selbst, während bei geschlechtsreifen Mündeln jede irgendwie erklärte Zustimmung hinreicht[3].[4]

Inwiefern der Mündel durch Rechtshandlungen, welche er ohne alle Mitwirkung des Vormundes vornimmt, eine rechtliche Wirkung für sich zu erzielen im Stande ist, ist eine nicht hierher gehörige und oben (I § 71) beantwortete Frage. Aus dem daselbst Gesagten ist hier noch besonders hervorzuheben, daß die obervormundschaftliche Gestattung zu Veräußerungen ganz ebenso erforderlich ist, wenn der Minderjährige allein, als wenn er durch den Vormund oder mit dem Vormund handelt[5]. Selbst die Großjährigkeitserklärung macht die obervormundschaftliche Gestattung zwar bei beweglichen, aber nicht bei unbeweglichen Sachen unnöthig[6].

γ. Rechtsverhältniß bei Mehrheit der Vormünder*.

§ 443.

Wenn der Mündel mehrere Vormünder hat, so ist möglich: 1) daß die Berufung eines jeden derselben auf einen besonderen, örtlich oder

---

[3] Theilnahme an der Handlung: auctoritatis interpositio; Zustimmung: consensus. L. 9 § 5 D. de auct. 26. 8 (§ 2 I. eod. 1. 21). „Tutor statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri; post tempus vero aut per epistolam interposita eius auctoritas nihil agit". Bei schriftlichem Abschluß des Rechtsgeschäftes kann die auctoritas aber auch schriftlich ertheilt werden; l. 9 § 6 D. h. t. Bedingung (und Befristung) sind nicht zulässig, l. 8 eod. — Vielfach wird allerdings behauptet, daß nach heutigem Recht in allen Fällen consensus des Vormundes genüge. Vgl. über diese Frage Glück XXX S. 477. 478, Kraut II S. 114 fg., Stobbe IV S. 433. Andererseits sucht Sintenis III S. 182 fg. in der Anm. auszuführen, daß nach heutigem Recht nachträgliche Genehmigung weder bei impuberes, noch bei minores hinreiche. Vgl. I § 71 Note 9.

[4] Kann der Vormund rechtliche Wirkung für den Mündel auch durch Handeln in eigenem Namen hervorrufen? Ein hierher gehöriger Fall aus dem römischen Recht ist in Note 2 bezeichnet. In diesem Falle handelte aber der Vormund, wenn auch in eigenem Namen, doch immerhin in seiner Eigenschaft als Vormund (s. namentlich l. 43 § 1 D. de adm. 26. 7), während heutzutage in der Erklärung des Vormundes, daß er als Vormund handele, auch die Erklärung gefunden werden muß, daß er im Namen des Mündels zu handeln gewillt sei. Wie aber, wenn er bei der Handlung als Vormund gar nicht hervortritt? Daß durch eine Handlung dieser Art rechtliche Wirkungen für den Mündel hervorgerufen werden sollten, ist nur in dem einen Fall denkbar, wo die Handlung eine Veräußerung enthält (der Vormund überträgt z. B. eine Sache des Mündels als seine eigene zu Eigenthum — l. 10 § 1 D. de cur. fur. 27. 10 geht auf eine mala fide vorgenommene Veräußerung —), und eine solche Veräußerung wird wegen Mangels des obervormundschaftlichen Consenses immer ungültig sein.

[5] L. 4. 11. 16 C. de praed. min. 5. 71, l. 3 C. si maior fact. 5. 74.

[6] L. 3 C. de his qui ven. 2. 44 [45].

sachlich abgegrenzten Geschäftskreis geht[1]; oder 2) daß zwar jeder Vormund auf die ganze Vormundschaft berufen, die Verwaltung derselben aber zwischen den Mehreren getheilt[2] oder Einem ausschließlich übertragen[3] ist; oder endlich 3) daß auch die Verwaltung der Vormundschaft, wie diese selbst, ungetheilt ist. Im ersten Fall ist die rechtliche Stellung eines jeden Vormundes die gleiche, als wenn er allein Vormund wäre[4]. Im zweiten Fall hat jeder Vormund Recht und Pflicht der Verwaltung nur so weit, als sie ihm überwiesen ist[5]; er ist aber außerdem verpflichtet, die Verwaltung der Mitvormünder zu überwachen, und kann, wenn er in dieser Beziehung etwas versäumt, aus den Fehlern derselben in zweiter Linie auch seinerseits in

---

* Glück XXIX S. 173 fg. XXX S. 353 fg., Rudorff II S. 231 fg., III S. 22 fg., v. Löhr Arch. für civ. Pr. XI S. 3 fg., Baron Gesammtrechtsverhältnisse § 39.

§ 443. [1] Der Beschränkung der ursprünglichen Berufung steht es natürlich gleich, wenn gegen die Berufung für einen Theil der Vermögensverwaltung ein Ablehnungsgrund geltend gemacht und durchgeführt wird. Anders, wenn einem Vormund für einen Theil der Geschäfte, ohne Entbindung von denselben, nur ein Nebenvormund zugeordnet wird. S. l. 27 pr. D. de tut. dat. 26. 5, l. 8 § 1 C. de bon. quae lib. 6. 61, Nov. 117 c. 1, und die Stellen in § 433 Note 34; l. 21 § 2—4 D. de excus. 27. 1; l. 9 § 9 D. de adm. 26, 7, l. 5 C. in quib. cas. tut. habenti 5. 36.

[2] L. 36 D. de adm. 26. 7: — „divisio tutelae, quae non iuris, sed iurisdictionis est".

[3] Der verwaltende tutor heißt tutor gerens, ihm gegenüber der nicht verwaltende tutor honorarius. L. 3 § 2 D. de adm. 26. 7, l. 14 § 1 D. de solut. 46. 3, l. 60 § 2 D. de R. N. 23. 2. Neben dem tutor honorarius wird in den Quellen noch der tutor notitiae causa datus genannt. Derselbe hat dem verwaltenden tutor gegenüber die Stellung eines tutor honorarius, außerdem aber die Pflicht, denselben durch seine Sachkenntniß zu unterstützen. L. 14 § 1. 6 D. de solut. 46. 3, l. 32 § 1 D. de test. tut. 26. 2, l. 1 C. de per. tut. 5. 38.

[4] L. 3 C. de in lit. dando 5. 44.

[5] a) Recht der Verwaltung: l. 4 l. 51 D. de adm. 26. 7, l. 100 D. de solut. 46. 3, l. 4 D. de auct. 26. 8, l. 5 C. eod. 5. 59. Wie, und ob überhaupt, mit diesen Stellen l. 14 § 1 D. de solut. 46. 3 und l. 49 D. de A. v. O. H. 29. 2 zu vereinigen seien, ist sehr bestritten. S. darüber Glück XXIX S. 184 fg., Rudorff II S. 302 fg., Vangerow I § 281 Anm., Baron S. 415—416, und die von diesen Schriftstellern Citirten. Jedenfalls können die genannten Stellen für das heutige Recht, nach welchem die Befugniß zur Verwaltung durch die Obrigkeit ausdrücklich verliehen werden muß (§ 436 Note 2), keine Schwierigkeiten machen. Seuff. Arch. XV. 228. b) Pflicht der Verwaltung: l. 2 C. de per. 5. 38, l. 2 C. de div. tut. 5. 52, l. 51 l. 55 pr. i. f. D. de adm. 26. 7. S. übrigens auch l. 39 § 3. 7 l. 47 § 2 D. de adm. 26. 7. c) Die gegen den Mündel begründeten Ansprüche können gegen jeden Vormund geltend gemacht werden, welcher etwas aus dem Vermögen des Mündels in Händen hat, l. 36 l. 47 § 7 D. de adm. 26. 7. Ueber l. 2 C. eod. 5. 35 s. Glück XXX S. 413 fg.

Anspruch genommen werden[6]. Im dritten Fall hat jeder Vormund Recht und Pflicht der Verwaltung ungetheilt[7]; er wird aber, was das Recht der Verwaltung angeht, durch den Widerspruch eines jeden Mitvormundes gehemmt[8], und was die Pflicht der Verwaltung angeht, so haftet er zwar aus den Fehlern der Mitvormünder unbedingt, da er seinerseits sich der Sache hätte annehmen sollen[9], aber ebenfalls erst in zweiter Linie[10]. — Uebrigens kann sowohl Theilung

[6] L. 3 § 2 l. 9 § 8 l. 19 l. 41 l. 55 § 4 D. de adm. 26. 7, l. 60 § 2 D. de R. N. 23. 2, l. 12 D. rem pup. 46. 6 (wo statt „idonea culpa" zu lesen ist „idonei culpa"), l. 2 C. de div. tut. 5. 52, l. 1 C. de per. tut. 5. 38. Vgl. § 298 Note 9. — Daß der Vormund erst in zweiter Linie haftet, will in diesem Falle (vgl. Note 10) sagen, daß er erst dann in Anspruch genommen werden kann, wenn auch von der Obervormundschaftsbehörde (§ 445) nichts zu erlangen ist. L. 1 § 15 i. f. D. de tutelae 27. 3, l. 46 § 6 D. de adm. 26. 7. S. übrigens auch Brinz 2. Aufl. II S. 664 Note 36.

[7] a) Recht der Verwaltung: l. 3 pr. l. 24 § 1 D. de adm. 26. 7, l. 14 § 5 D. de solut. 46. 3, l. 1 C. si ex plurib. 5. 40, l. 4 pr. l. 5 pr. D. de auct. 26. 8, l. 5 C. eod. 5. 59. Vgl. Ulp. XI. 26. Seuff. Arch. XVII. 259, XIX. 162. Entscheid. d. RG. XII S. 150 (Seuff. Arch. XXXVIII. 137). b) Pflicht der Verwaltung: s. Note 9 und 10. Anders jedoch in dem Falle, wo jede Vormundschaft auf einem besonderen Berufungsgrunde beruht, l. 46 § 6 D. de adm. 26. 7.

[8] Arg. l. 7 § 3 D. de cur. fur. 27. 10. Vgl. Sintenis § 151 Anm. 4. Anders Baron S. 414—415.

[9] — „tenetur etiam ob rem, quam non gessit, cum gerere deberet", l. 5 D. de mag. conv. 27. 8. S. ferner l. 55 pr. D. de adm. 26. 7, l. 2 C. de div. tut. 5. 52, und die in der folgenden Note citirten Stellen. Vgl. Ribbentrop Correalobl. S. 59—72, und über l. 14 D. de adm. 26. 7 und l. 1 C. si tutor vel curator non gesserit 5. 55 dens. § 10 Note 7. Kann ausnahmsweise dem Vormund ein Vorwurf daraus nicht gemacht werden, daß er sich der Sache nicht angenommen hat, so haftet er auch nicht. A. M. Sintenis § 151 Note 5.

[10] L. 39 § 11 l. 55 § 2 D. de adm. 26. 7, l. 8 C. eod. 5. 37, l. 5 i. f. C. in quib. cas. tutorem habenti 5. 36, l. 6 C. arb. tut. 5. 51, l. 3 C. de div. tut. 5. 52, l. 2 C. de her. tut. 5. 54, l. 1 C. si tutor vel cur. reip. causa 5. 64. Vgl. § 298 Note 9. Brinz 2. Aufl. II S. 663 will die Subsidiarität der Haftung nur demjenigen Vormund zu gute kommen lassen, der überhaupt nicht verwaltet hat. Aber ist ein Grund vorhanden, den Vormund, welcher sich der Verwaltung gar nicht angenommen hat, besser zu behandeln, als denjenigen, der sich eines einzelnen Geschäfts nicht angenommen hat? Vgl. l. 5 D. de mag. conv. 27. 8: — „nam etsi aliquam partem negotiorum administraverit, tenetur etiam ob rem, quam non gessit, cum gerere deberet". S. auch l. 6 § 1 C. arbit. tut. 5. 51, in welcher Stelle unter dem in zweiter Stelle haftenden Vormund kaum ein anderer verstanden werden kann, als derjenige, der ein bestimmtes Geschäft nicht verwaltet hat. Im Uebrigen enthalten diese Stellen, wie l. 55 pr. D. de adm. tut. 26. 7 und l. 2 C. de div. tut. 5. 52, den Ausdruck der Regel der solidarischen Verhaftung und nehmen auf den Gegensatz zwischen principaler und subsidiärer Verhaftung keine Rücksicht; l. 55 cit. würde, wenn man dieß nicht annehmen wollte, den Satz enthalten, daß auch derjenige principal hafte, der „nihil omnino gessit". Freilich, soweit ein Vormund einem An-

der Verwaltung, als Uebertragung der Verwaltung an Einen Vormund ausschließlich, mit rechtlicher Wirkung nur durch die Obervormundschaftsbehörde geschehen[11], und namentlich bindet eine Vereinbarung der Vormünder unter sich weder den Mündel noch überhaupt einen Dritten[12].

Wenn der Vormund wegen Insolvenz des Mitvormundes etwas leisten muß, wofür er erst in zweiter Linie haftet, so kann er sowohl von dem Mündel, welchen er befriedigt, Abtretung der diesem gegen den Mitvormund zustehenden Forderung verlangen, als auch ohne diese Abtretung direct auf den Mitvormund zurückgreifen[13]. Mehrere Vormünder, welche sich in der gleichen Lage befinden[14], haben die

---

deren die Verwaltung übergeben hat, hat er selbst verwaltet; dieß sagt l. 55 § 2 de adm. tut. Brinz geht übrigens noch weiter, und läßt selbst den tutor non gerens principal haften, wenn der Schaden nicht durch positive Thätigkeit, sondern durch Unterlassung des anderen Vormunds verursacht worden ist. — Der Vormund haftet aber in diesem Falle nicht hinter, sondern vor der Obervormundschaftsbehörde, l. 1 § 15 D. de tutelae 27. 3, l. 46 § 6 D. de adm. 26. 7, l. 4 C. de mag. conv. 5. 75. Der Gegensatz dieser Bestimmung gegen die entsprechende Bestimmung im Falle der Note 6 erklärt sich so: der Vormund ist in diesem Falle, wenngleich er den Fehler nicht selbst gemacht hat, doch immerhin Schuld daran, daß derselbe gemacht worden ist, während er in dem Falle der Note 6 nur daran Schuld ist, daß der den Fehler begehende Vormund Vormund geblieben ist. In beiden Fällen ist der Fehler auf ihn zurückzuführen; aber im ersten Falle direct, im zweiten nur indirect.

[11] Nach römischem Recht auch durch den letztwilligen Ernenner. Wenigstens erkennt dieß mit Bestimmtheit l. 2 C. de div. tut. 5. 52 an, während l. 3 D. de adm. 26. 7 (s. namentlich § 1 und 3) die letztwillige Ernennung nur als Grundlage obrigkeitlicher Anordnung auffaßt. Für das heutige Recht ist die Frage durch die Nothwendigkeit der bei jeder Vormundschaft eintretenden obrigkeitlichen Bestallung erledigt. — Bei ihrer Anordnung soll die Obervormundschaftsbehörde auf die Wünsche der Vormünder oder ihrer Mehrheit Rücksicht nehmen. L. 3 § 6 — l. 4 D. de adm. 26. 7, § 1 I. de satisd. 1. 24, l. 3 pr. D. de post. 3. 1, l. 3 § 5 D. iud. solvi 46. 7, Nov. 118 c. 5. Ein anderer in den Quellen angeführter Bestimmungsgrund für die obervormundschaftliche Anordnung, daß sich nämlich von mehreren an und für sich zur Sicherheitsleistung nicht verpflichteten Vormündern Einer, um die Verwaltung allein zu erhalten, zur Sicherheitsstellung erbietet (l. 17 — l. 19 § 1 D. de test. tut. 26. 2, l. 5 § 3. 4 D. de leg. tut. 26. 4, l. 4 C. de tut. vel cur. qui satis non dedit 5. 42, § 1 I. cit.), fällt für das heutige Recht weg (§ 436 Note 6).

[12] L. 5 D. de mag. conv. 27. 8, l. 2 i. f. l. 3 C. de div. tut. 5. 52. S. auch l. 5 § 3 l. 55 pr. § 2 D. de adm. 26. 7.

[13] L. 29 [30] D. de neg. gest. 3. 5, l. 1 § 13. 18 D. de tutelae 27. 3, l. 2 D. de contr. iud. tut. 5. 58. Vgl. § 298 Note 12. 13. Ueber die Natur des Anspruchs gegen den Mitvormund s. unten Note 16.

[14] S. außer den im Folgenden genannten Stellen noch l. 39 § 11 l. 55 § 3 D. de adm. 26. 7, l. 15 D. de tutelae 27. 3, l. 6 C. arb. tut. 5. 51, l. 2 C. de div. tut. 5. 52, l. 1 § 43 D. dep. 16. 3.

Rechtswohlthat der Theilung[15], und wenn Einer wegen Insolvenz des Mitvormundes das Ganze leisten muß, so hat derselbe ebenfalls sowohl einen Anspruch gegen den Mündel auf Forderungsabtretung, als einen directen Rückgriff gegen den Mitvormund[16].

δ. Haftung von Neben- und anderen Personen.

§ 444.

1. Neben dem Vormund haften die von ihm bestellten Bürgen[1] nach den gewöhnlichen Grundsätzen; nur daß die Rechtswohlthat der Theilung (§ 479) hier wegfällt[2]. Dem Bürgen steht gleich, wer vor

---

[15] L. 38 pr. § 1 D. de adm. 26. 7, l. 1 § 11. 12 D. de tutelae 27. 3, l. 6 D. de fidei. tut. 27. 7. Vgl. § 298 Note 10 und Sintenis § 151 Note 8. Seuff. Arch. V. 297.

[16] L. 1 § 13 l. 21 D. de tutelae 27. 3, l. 6 C. arb. tut. 5. 51, l. 2 C. de div. tut. 5. 52. Ausnahme für den Fall gemeinschaftlicher Arglist: l. 1 § 14 D. de tutelae 27. 3, l. 38 § 2 D. de adm. 26. 7. Vgl. § 298 Note 12. 13. — Der Anspruch gegen den Mitvormund wird in diesem Fall, wie in dem Falle der Note 13, als utilis actio bezeichnet, l. 1 § 13 D. de tutelae 27. 3, l. 2 C. de contr. iud. tut. 5. 58, und es liegt nahe, diese utilis actio als die durch gesetzliche Cession (§ 330 Ziff. 3) übertragene actio des Mündels aufzufassen. Diese Meinung wird vertreten von Glück XXX S. 375 fg., v. Lindelof Arch. f. civ. Pr. VII S. 109 fg., Mühlenbruch Cession S. 474 fg., Rudorff III S. 37, Schmid Cession I S. 359 fg. Gegen dieselbe spricht l. 76 D. de sol. 46. 3; wenn Modestin hier hervorhebt, daß die durch den Mündel vorgenommene Cession in dem Falle unwirksam sei, wo sie erst nach erhaltener Befriedigung vorgenommen werde, so kann er unmöglich angenommen haben, daß dem Vormund auch ohne Cession des Mündels dessen Klagerecht zustehe. Gegen die bezeichnete Meinung spricht ferner, wenngleich nicht in entscheidender Weise, l. 29 [30] D. de neg. gest. 3. 5, wo das Klagerecht des Vormundes als negotiorum gestorum actio bezeichnet wird (§ 431 Note 12). Das Argument, welches man für die bezeichnete Meinung aus l. 2 § 9 D. de adm. rer. 50. 8 herleitet, ist sehr zerbrechlich (es heißt: in collegam, und es ist nicht nothwendig, hinter solet zu interpungiren), und ebensowenig entscheidend ist die von Schmid geltend gemachte l. 3 D. de mag. conv. 27. 8. Das Praktische der Frage liegt darin, daß, wenn die utilis actio auf gesetzlicher Cession beruht, sie dem Vormund auch die Nebenrechte der Forderung des Mündels gewährt.

[1] Dig. 27. 7 de fideiussoribus et nominatoribus . . tutorum et curatorum. 46. 6 rem pupilli vel adolescentis salvam fore. Cod. 5. 57 de fideiussoribus tutorum vel curatorum. — Bei den Römern war es gebräuchlich, als Grundlage der Bürgschaft eine besondere Stipulation abzuschließen. Dieselbe nahm den Inhalt der actio tutelae in sich auf (l. 1 l. 4 § 6 l. 9. 10. 11 D. rem pup. 46. 6), nicht jedoch auch den Inhalt der actio utilis wegen nicht übernommener Verwaltung (l. 4 § 3. 7 D. eod., vgl. § 438 Note 4a). Dieß ist eine Eigenthümlichkeit eben der Stipulation rem pupilli salvam fore, und hat daher für uns keine Bedeutung. — Zu l. 2 i. f. C. h. t. vgl. Keller Litiscontest. und Urtheil S. 566, Rudorff III S. 139. 143—145. § 444.

[2] L. 12 D. rem pup. 46. 6. Ueber l. 7 D. de fid. tut. 27. 7 s. Glück XXXII S. 382 fg., Keller a. a. O. S. 437, Rudorff III S. 143—145, Girtanner Bürgsch. S. 467.

der Obervormundschaftsbehörde die Versicherung der Tüchtigkeit des Vormundes abgegeben hat, ausdrücklich[3], oder stillschweigend durch Erbittung[4] oder Vorschlagung[5] einer bestimmten Person. — Steht der Vormund unter väterlicher Gewalt, so entscheiden über die Verpflichtung des Vaters aus seiner Person die gewöhnlichen Grundsätze[6]. — In letzter Linie kann auch die Obervormundschaftsbehörde in Anspruch genommen werden. S. darüber den folgenden §.

2. Derjenige, welcher ohne wirklich Vormund zu sein, als Vormund thätig wird, steht zu dem Quasi-Mündel in dem gleichen Verpflichtungsverhältniß, wie der wirkliche Vormund[7], und nur in dem Fall, wo der Quasi-Mündel gar keinen Vormund haben kann, entscheiden die Grundsätze von der gewöhnlichen Geschäftsführung[8]. Wie der Vormund haftet auch dessen Erbe, wenn dieser nach dem Tode des Vormundes die Verwaltung des Mündelvermögens freiwillig fortführt, oder etwas von demselben an sich nimmt[9]. Zur Vollendung

---

[3] Affirmator. L. 4 § 3 D. de fid. tut. 27. 7, vgl. l. 13 pr. D. de min. 4. 4.

[4] Postulator. L. 2 D. de fid. tut. 27. 7, l. 2 § 5 D. qui petant 26. 6, vgl. l. 3 C. si mater indemnitatem 5. 46.

[5] Nominator. Rubr. tit. Dig. 27. 7 de fideiussoribus et nominatoribus . . . tutorum vel curatorum, l. 2 eod. Die nominatio fand zweifelsohne ihre Hauptanwendung bei der im Justinianischen Recht verschwundenen potioris nominatio (§ 435 Note 2); s. aber auch l. 1 § 3 D. de mag. conv. 27. 8, l. 2 C. qui petant 5. 31. Vielfach ist in den Quellen auch von einer nominatio der Municipalmagistrate die Rede (l. 1 § 5. 10 D. de mag. conv. 27. 8, l. 1. 4. 5 C. eod. 5. 75, l. 28 D. de tut. dat. 26. 5, l. 6 C. qui dare 5. 34); diese hafteten aber nicht nach dem Recht der Bürgschaft, sondern nach dem Rechte der actio subsidiaria (§ 445), und daher erst hinter den Bürgen und dem mitverwaltenden Vormund, l. 4 C. de mag. conv. 5. 75.

[6] Actio de peculio, l. 21 l. 37 § 2 D. de adm. 26. 7, l. 11 D. de tutelae 27. 3, l. 1 C. quod cum eo 4. 26; actio de in rem verso, l. 21 D. cit., l. 1 C. cit. Auch die actio quod iussu findet hier eine analoge Anwendung: „si pater tutelam agnovit“ (sc. ut suam), l. 7 D. de tut. 26. 1, l. 21 D. cit., l. 1 C. cit.

[7] Dig. 27. 5 de eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit. Cod. 5. 45 de eo qui pro tutore negotia gessit. Er haftet also ebenfalls nur für diligentia quam suis (l. 4 D. h. t.), vorausgesetzt jedoch, daß er in gutem Glauben gewesen ist; denn wußte er, daß er nicht Vormund sei, so haftet er nach der Regel des § 438 Note 6 z. A. wegen omnis culpa. Vgl. Zimmern Arch. f. civ. Pr. I S. 252 fg. Contrarium iudicium: l. 5 D. h. t. Daß der Quasi-Vormund nicht die gleiche Macht hat, wie der wirkliche Vormund, versteht sich von selbst. S. l. 2 D. l. 2 C. h. t., tit. Dig. 27. 6 quod falso tutore auctore gestum esse dicatur, und vgl. Neustetel Arch. f. civ. Pr. I S. 246 fg.

[8] L. 1 § 6 D. h. t., l. 24 D. de tutelae 27. 3.

[9] L. 4 pr. § 2 D. de . . heredibus tutorum et curatorum 27. 7, l. 1 § 1 D. eod., l. 4 C. eod. 5. 54, l. 7 § 13 D. de adm. 26. 7, l. 1. 2. 4 C. de in lit. iur. 5. 53. Der Erbe haftet in diesem Fall, wie der Vormund: also für diligentia quam suis. L. 4 pr. cit.: „tutelae iudicio eum teneri suo no-

der vom Vormund begonnenen Geschäfte ist der Erbe verpflichtet, haftet dabei aber nur wegen grober Nachlässigkeit[10].

d. Obervormundschaft.

§ 445.

Die Obervormundschaft, deren Functionen im Vorhergehenden angegeben worden sind[1], wird, wo nicht das Particularrecht abweichende Bestimmungen enthält, durch das ordentliche Gericht erster Instanz geführt[2]. Versäumt dasselbe etwas von den ihm obliegenden Pflichten, so haftet es[3] dem Mündel auf Schadensersatz, d. h. es muß

---

mine". Von Anderen wird zwar behauptet, er hafte nur wegen lata culpa, auf Grund von l. 4 § 1 D. h. t. Aber wenn man bedenkt, wie wenig inneren Grund eine solche Milderung haben würde (der Erbe will sich entweder unrechtmäßigerweise bereichern, oder nimmt Geschäfte in die Hand, zu deren Besorgung ihn Niemand nöthigt), so wird man geneigt sein, die l. 4 § 1 cit. dadurch zu beseitigen, daß man sie auf den Fall der Fortsetzung von Geschäften bezieht, welche der Vormund unvollendet hinterlassen hat (Note 10). L. 17 C. de neg. gest. 2. 18 [19] handelt entweder von demselben Fall, oder von der Verhaftung des Erben für die Schuld des Vormundes (§ 438 Note 9). Noch Andere wollen den Erben wegen levis culpa schlechthin haften lassen; dieß stimmt ebensowenig zu dem „tutelae iudicio" in l. 4 pr. cit. Vgl. Glück XXXII S. 370 fg., Rudorff III S. 48.

[10] L. 1 pr. D. h. t. 27. 7, l. 27 D. de app. 49. 1, l. 1 § 1 D. si pendente app. 49. 13. Vgl. § 408 Note 12, § 411 Note 6.

[1] S. § 433 Note 10 und Ziff. 3, § 434 z. A. und Ziff. 2, § 435 Note 4, § 436, § 437 Ziff. 5, § 438 Note 16 und Ziff. 3, § 439 Note 13, § 441, § 443 Note 11. Die Obervormundschaft ist nicht berechtigt, statt des Vormundes zu handeln: Seuff. Arch. XXXI. 148. § 445.

[2] Die Obervormundschaft bildet einen Zweig der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Competent ist das Gericht des Wohnsitzes des Mündels (das römische forum originis ist hier, wie überhaupt, unanwendbar, vgl. l. 1 § 2 D. tut. dat. 26. 5, l. un. C. ubi petantur 5. 32, Rudorff I S. 370. 372), welcher Wohnsitz regelmäßig der letzte Wohnsitz des Vaters sein wird. Vgl. Savigny Syst. VIII S. 341, Rudorff I S. 373, Glück XXIX S. 456—458. Seuff. Arch. VI. 49, X. 62, XI. 299, XIX. 240, XXVIII. 141. Hat aber der Mündel Vermögen in mehreren Gerichtsbezirken, so kann ihm in jedem derselben ein besonderer Vormund bestellt werden, wo dann auch jedes bestellende Gericht für das betreffende Vermögen eine besondere Obervormundschaft führt. L. 27 pr. D. de tut. dat. 26. 5, l. 21 § 2 D. de excus. 27. 1, l. 2 C. eod. 5. 62. Glück XXIX S. 457, Rudorff I S. 371, Sintenis III § 147 Anm. 88. Seuff. Arch. IV. 130, XIX. 239; vgl. IV. 131 und VIII. 148.

[3] Dig. 27. 8 Cod. 5. 75 de magistratibus conveniendis. R. P. O. Tit. 32 (31) § 3. Glück XXXII S. 406 fg., Rudorff III S. 153 fg. — Nach römischem Recht hafteten nur die magistratus municipales (diese auf Grund eines Senatsbeschlusses aus der Regierung K. Trajan's, l. 5 C. h. t.), nicht die höheren Magistrate (l. 1 pr. § 3 D. l. 5 C. h. t.; l. 2 § 8 D. l. 6 C. h. t.; l. 1 § 1 D. h. t., § 4 I. de satisd. tut. 1. 24), und auch jene nur wegen Nichtbestellung

seinerseits die Verbindlichkeit des Vormundes erfüllen[4], wenn weder von diesem noch von den für ihn haftenden Nebenpersonen etwas zu erlangen ist[5]. Ist ein Mitvormund vorhanden, so muß bei ungetheilter Verwaltung auch dieser vorher ausgeklagt werden, während das Obervormundschaftsgericht vor demselben haftet, wenn die Verwaltung getheilt oder der Mitvormund ganz von der Verwaltung entbunden war[6]. Bei collegialischer Besetzung des Obervormundschaftsgerichts haften die Schuldigen solidarisch[7]; jedoch haben diejenigen, welche sich in gleicher Schuld befinden, abgesehen von dem Falle der Arglist, die Rechtswohlthat der Theilung[8], diejenigen, welche dem Collegen ein Geschäft überlassen haben, dessen Besorgung ihnen selbst in gleicher Weise obgelegen hätte, oder welche es nur an der nöthigen Beaufsichtigung haben fehlen lassen, die Rechtswohlthat der Vorausklage[9]. Auf die Erben des Schuldners geht die Verpflichtung über, so weit sie auf grober Nachlässigkeit beruht[10].

---

eines Vormundes, oder weil sie nicht für gehörige Bürgschaftsleistung der Bestellten gesorgt hatten, oder wegen unrichtiger Informirung des Magistrats (l. 1 § 6 D. h. t., l. 1 § 11. 17 D. eod., l. 2 § 5 D. ad mun. 50. 1, § 2 I. de satisd. tut. 1. 24; l. 1 § 2. 3. 5. 11 D. l. 1. 4. 5 C. h. t., vgl. § 444 Note 5). Dagegen heißt es in der R. P. O. a. a. O.: — „indeme dann alle und jede Obrigkeiten, vermög göttlicher und unserer Keyserlichen Gebott, sonders fleißiges Aufsehen zu thun aus tragendem Ampt sich schuldig erkennen, und darumb keines Vormünders Fahrlässigkeit noch weniger Vervortheilung bei seinem Pflegkind oder dessen Gütern ungestrafft hingehen lassen sollen". Auf Grund des Ausdrucks „fleyßiges Aufsehen" muß das Obervormundschaftsgericht auch für verantwortlich wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit erklärt werden, gegen die Regel (§ 470 Note 1), aber in Uebereinstimmung mit den Bestimmungen des römischen Rechts über die Verhaftung der magistratus (l. 1 § 17 l. 4. 7 D. l. 2 C. h. t., s. aber auch l. 1 § 2 D. h. t.). — Beweislast: l. 1 § 13 D. h. t., l. 11 D. de prob. 22. 3. Seuff. Arch. XXX. 253 Nr. III. IV. Vgl. § 439 Note 7 und Citate das.

[4] In diesem Sinne heißt es in l. 9 D. h. t.: — „eadem in magistratibus actio datur, quae competit in tutores". Vgl. l. 1 § 14 D. h. t.: „privilegium in bonis magistratus pupillus non habet". In l. 1. 5 C. h. t. wird die Klage actio utilis genannt. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock VII Nr. 58. Seuff. Arch. XXX. 253.

[5] Den Mündeln wird die Klage gegen die Obrigkeit als Klage gegeben, „quae ultimum eis praesidium possit adferre", § 2 I. de satisd. 1. 24. Vgl. l. 5 C. h. t.

[6] S. § 443 Note 6. 10. Vgl. übrigens auch Glück XXX S. 420 fg., Rudorff III S. 174 fg., Sintenis III S. 260 fg. in der Anm. S. 277 in der Anm. bei f.

[7] Es haftet nicht das Gericht als solches. Seuff. Arch. V. 298, XI. 252.

[8] L. 7. 8 D. l. 3 C. h. t.

[9] Für das Erste l. 1 § 9 D. h. t.; für das Zweite die Analogie der Verhaftung einer Mehrheit von Vormündern (§ 443 Note 6).

[10] L. 4. 6 D. l. 2 C. h. t., § 2 I. de satisd. 1. 24.

2. Andere Fälle der Vormundschaft*.

§ 446.

Die Vormundschaft über Unerwachsene ist, wenn auch der wichtigste, doch nicht der einzige Fall der Vormundschaft. Einen Vormund[1] bekommen oder können bekommen auch solche Personen, welche aus irgend einem anderen Grunde ihre Angelegenheiten selbst zu besorgen nicht im Stande sind[2], namentlich Wahnsinnige und Geistesschwache[3], Verschwender[4], Kranke, Gebrechliche und Altersschwache[5],

---

* Dig. 27. 10 de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis. Cod. 5. 70 de curatore furiosi vel prodigi. — Glück XXXIII S. 100 fg., Rudorff I S. 118 fg., Kraut II S. 205 fg. 212, Stobbe IV § 274. 275.

[1] Nach römischem Recht einen curator. So wenig geschlechtsreife Minderjährige einen tutor bekommen, so wenig andere der Unterstützung Bedürftige. Die praktische Bedeutung hiervon ist, daß, wenn der Vormund in diesen Fällen den Mündel selbst will handeln lassen, nicht Theilnahme desselben an der Handlung des Mündels erforderlich ist, sondern einfacher Consens genügt (§ 432 Note 8. 9, § 442 Note 3). § 446.

[2] L. 14 § 7 D. de solut. 46. 3: — „curatori sibi non sufficientis vel per aetatem vel per aliam iustam causam". — L. 2 D. h. t., l. 12 pr. D. de tut. dat. 26. 5.

[3] Wahnsinnige, furiosi; diese schon nach der Bestimmung der 12 Taf., Ulp. XII. 2, § 3 I. de cur. 1. 23, l. 13 D. h. t. Geistesschwache, fatui: l. 2 D. de post. 3. 1, l. 21 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1866 Nr. 88. Auf die bloße Geistesschwäche scheint auch der Ausdruck mente captus in § 4 I. de cur. 1. 23 zu gehen, obgleich dieser Ausdruck in den Quellen sonst die Geistesstörung bezeichnet (I § 54 Note 11). In lichten Zwischenräumen hört die Vormundschaft nicht auf, sondern ruht nur, l. 6 C. h. t. Vgl. „über die mit der Vormundschaft über Gemüthskranke verbundenen Obliegenheiten" v. Berg jur. Beobachtungen und Rechtsfälle III S. 219 fg., und in Betreff der Geistesschwäche noch Seuff. Arch. VIII. 230, XXV. 245, XXXIV. 136, [XLI. 195 (= Entsch. d. RG. XIV S. 248)]. Proceßwahnsinn? Seuff. Arch. VII. 333, vgl. X. 183, XXI. 133. — L. 6 D. h. t. „Observare praetorem oportebit, ne cui temere citra causae cognitionem plenissimam curatorem det . .". Vgl. v. Arnold das gerichtliche Verfahren gegen Geisteskranke und Verschwender (1861). — Das Entmündigungsverfahren wegen Geisteskrankheit normirt jetzt gemeinrechtlich die Reichscivilprozeßordnung § 593 fg. Anordnung einer Vormundschaft auch vor Inkrafttretung des Entmündigungsbeschlusses ist aber nicht ausgeschlossen, vgl. § 600 das. Mandry § 3.

[4] Es wird in den Quellen als altes Gewohnheitsrecht bezeichnet, daß dem Verschwender durch richterlichen Spruch die Verwaltung seines Vermögens genommen werden könne. L. 1 pr. D. h. t., Paul. sentent. III. 4a § 7. Auf die nahe liegende Analogie des Wahnsinns (Verrücktheit!) machen dabei aufmerksam l. 1 pr. D. h. t., l. 12 § 2 D. de tut. dat. 26. 5. Vgl. Leist Forts. von Glück, Serie der Bücher 37 und 38, V S. 185 fg., Sintenis III S. 287. Seuff. Arch. XII. 2, XIII. 81, XXXVIII. 234, [XLII. 219. 220 (RG.), XLIV. 111 (Entsch. d. RG. XXI S. 167)]; X. 183 (VII. 333). Auch die 12 Taf. hatten diesen Bedürftigkeitsfall vorgesehen, jedoch nur in Betreff der väterlichen Intestaterbschaft. Ulp. XII. 2. 3; § 3 I. de cur. 1. 23, l. 1 pr. l. 13 D. h. t. Eine

Taube und Stumme[6]. Für diese anderen Fälle der Vormundschaft gelten die gleichen Grundsätze, wie für die Altersvormundschaft[7]; nur mit der einen Ausnahme, daß die Berufung zur Vormundschaft in diesen Fällen immer durch die Obrigkeit, nie durch Gesetz oder letzten Willen erfolgt[8]. Es haben aber die im letzten Willen Ernannten einen Anspruch auf vorzugsweise Berücksichtigung nach den Regeln des § 433 Ziff. 1[9], und in Ermangelung von letztwillig Ernannten einen gleichen Anspruch die nächsten Verwandten bei Wahnsinn und Verschwendung, bei der Verschwendung jedoch nur was die väterliche Intestaterbschaft angeht[10].

---

besondere Abhandlung über die „cura prodigi" ist die von Gesterding Ausbeute I S. 45 fg. Vgl. auch die in der vorigen Note citirte Schrift von v. Arnold. Ferner I § 71 Note 9b. Gegenwärtig bestimmt sich die Entmündigung wegen Verschwendung nach der Reichscivilprozeßordnung § 621 fg. Vgl. Mandry § 9.

[5] § 4 I. de cur. 1. 23, l. 4. 5 D. de post. 3. 1. Seuff. Arch. XXX. 41.

[6] § 4 I. de cur. 1. 23, l. 3 § 3 D. de post. 3. 1, l. 8 § 3 D. de tut. dat. 26. 5, l. 67 [65] § 3 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 20 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Vgl. Sintenis III § 155 Anm. 28. Budde Entsch. d. OAG. zu Rostock VII Nr. 60. S. noch Paul. sentent. I. 12 § 9. „Caeco curator dari non potest, quia ipse sibi procuratorem instituere potest".

[7] Vgl. die durchgehende Zusammenstellung des tutor und des curator in den bei § 432* citirten Titelrubriken, und von einzelnen Stellen z. B. l. 7 § 3 l. 10 § 1 l. 11 l. 12 l. 14 l. 17 D. h. t., l. 2 C. h. t, l. 8 § 1 l. 11 D. de reb. eor. 27. 9, l. 16 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 48 D. de adm. 26. 7, l. 1 pr. l. 2 pr. D. de excus. 27. 1, l. 2 § 31 D. ad SC. Tert. 38. 17, l. 4 § 25 D. de doli exc. 44. 4, l. 4 § 7. 8 D. rem pup. 46. 6, l. 57 [56] § 4 D. de furt. 47. 2. S. jedoch auch l. 17 D. de cur. fur. 27. 10 (§ 441 Note 14).

[8] Zwar beriefen die 12 Taf. zur Vormundschaft über Wahnsinnige und Verschwender die nächsten Agnaten, Ulp. XII. 2. 3, § 3 I. de cur. 1. 23, l. 13 D. h. t.; aber nach Justinianischem Recht werden auch diese Personen Curatoren nur durch obrigkeitliche Bestellung. A. M. Glück XXXIII S. 169; allein die Stelle, auf welche er sich hauptsächlich beruft, l. 7 § 6 C. h. t., beweist gerade das Gegentheil. Allerdings spricht Justinian in dieser Stelle von dem Falle: „(si) lex . . curatorem utpote agnatum vocaverit"; aber er bestimmt ebenso ausdrücklich, daß in diesem Falle eine „creatio" durch die Obrigkeit eintreten solle. A. M. nach der entgegengesetzten Seite, so daß also auch nach dem älteren Recht die Agnation kein Delationsgrund für die Vormundschaft über Geisteskranke gewesen sein soll, Böhlau Zeitschr. für RGesch. XI S. 371—375.

[9] L. 16 D. h. t., l. 7 § 5 C. h. t., l. 1 § 3 l. 2 § 1 D. de conf. tut. 26. 3 (vgl. l. 4 eod., § 1 I. de cur. 1. 23). Vgl. § 433 Note 14. — Man hat behauptet, der Wille des Vaters sei maßgebend für die Obrigkeit auch in Betreff der Frage, ob wegen Wahnsinns oder Verschwendung überhaupt eine Vormundschaft anzuordnen sei, wegen l. 16 D. h. t. Allein diese Stelle will dem Vater nur das Recht einräumen, für das von ihm hinterlassene Vermögen eine Curatel anzuordnen. Vgl. Glück XXXIII S. 144 fg., Rudorff I S. 314 fg., Francke Notherbenr. S. 436 fg., Mühlenbruch in der Forts. von Glück XXXVII S. 432 fg., Sintenis III S. 284. 285 in der Anm., und in diesem Lehrbuch III § 678 Note 8.

3. Güterpflege*.

§ 447.

Es gibt Fälle, in welchen von Seiten des Staates eine Fürsorge nicht sowohl für die Vermögensangelegenheiten einer bestimmten Person, als vielmehr für ein bestimmtes Vermögen als solches angeordnet wird[1]. Eine Güterpflege in diesem Sinne wird namentlich[2] angeordnet: für das von einem Abwesenden schutzlos zurückgelassene Vermögen[3]; für eine Erbschaft, welche noch nicht ihren Herrn gefunden hat[4]; für ein im Concurs befindliches Vermögen[5]. Für die Güterpflege gelten zwar im Allgemeinen die Grundsätze von der Vormundschaft[6]; im Besonderen aber kommt es auf den Inhalt des dem Pfleger ertheilten Auftrages an, und danach entscheidet sich namentlich, ob derselbe auch zur Sorge für die nutzbare Anlage des Ver-

[10] L. 7 § 6 C. h. t., l. 13 l. 16 D. h. t. Es ist unbedenklich, dasjenige, was diese Stellen von den Agnaten sagen, im Sinne des neuesten Rechts (Nov. 118 c. 5) auf die Cognaten zu übertragen; s. auch l. 5 C. h. t. L. 13 cit. verweist auf die Bestimmung der 12 Taf.; daher die Beschränkung im Text in Betreff der Verschwendung (Ulp. XII. 2. 3). Vgl. übrigens auch Sintenis III S. 285 in der Anm. Col. 2.

* Dig. 42. 7 de curatore bonis dando. Glück XXXIII S. 117 fg., Rudorff I S. 75 fg. 146 fg., Sintenis III § 156, Stobbe IV § 276. 277.

[1] Cura bonorum. Vgl. Stobbe IV S. 424. § 447.

[2] S. außerdem l. 8 § 1 C. de bon. quae lib. 6. 61, Nov. 117 c. 1.

[3] L. 22 § 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 15 pr. D. quib. ex caus. mai. 4. 6, l. 6 § 4 D. de tut. 26. 1, l. 6 § 2 D. quib. ex caus. in po. 42. 4, l. 3 C. de postlim. revers. 8. 50 [51]. Der in den meisten dieser Stellen vorausgesetzte Fall ist der Kriegsgefangenschaft. Vgl. Pfeiffer prakt. Ausführungen IV S. 352—360. Seuff. Arch. IV. 132. Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock VII Nr. 61. [Vgl. Seuff. Arch. XLII S. 389.]

[4] L. 1 § 4 D. de mun. 50. 4, l. 1 D. h. t., l. 23 § 2. 3 D. de her. inst. 28. 5, l. 8 D. quib. ex caus. in po. 42. 4, l. 22 § 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Besondere hierhergehörige Fälle sind: a) wenn der präsumtive Erbe noch ungeboren ist, l. 1 § 4 D. de mun. 50. 4, l. 1 § 2 D. h. t., l. 8 D. de cur. fur. 27. 10, l. 1 § 17—26 l. 5 D. de ventre 37. 9; b) wenn der Streit über die Erbschaft wegen Unmündigkeit eines Erbschaftsprätendenten nicht sofort entschieden wird (bonorum possessio Carboniana), und keiner der Erbschaftsprätendenten Caution leistet, l. 1 § 4 D. de mun. 50. 4, l. 5 § 1. 2. 5 D. de Carb. ed. 37. 10. Von der cura bonorum ventris nomine (bei a) ist zu unterscheiden die cura ventris, welche die Pflicht und das Recht gibt, dafür zu sorgen, daß die schwangere Frau den nöthigen Unterhalt aus der Erbschaft erhalte, gewöhnlich aber der nämlichen Person übertragen wird, wie die erste, l. 1 § 17. 18. 19 D. de ventre 37. 9, l. 1 § 4 D. de mun. 50. 4. Vgl. Ubbelohde Arch. f. civ. Pr. LXI S. 2—50.

[5] L. 2 D. h. t., l. 5. 9 D. de cur. fur. 27. 10.

[6] Vgl. l. 1 § 22 D. de ventre 37. 9: — „curam hoc quoque officio administrabit, quo solent curatores atque tutores pupillorum“. Ferner l. 2 § 2. 5 l. 3 D. h. t., l. 8 D. de cur. fur. 27. 10, l. 3 C. de postl. rev. 8. 50 [51].

mögens, oder bloß zur Sorge für die Erhaltung desselben verpflichtet bez. zu den dadurch gebotenen Maßregeln berechtigt ist[7]. Auch ist die Uebernahme der Güterpflege nicht in allen Fällen Bürgerpflicht[8], und wo sie es nicht ist, muß eben deßwegen der Pfleger für Sorgfalt überhaupt, nicht bloß für relative Sorgfalt haften[9]. Zu bemerken ist auch noch, daß das römische Recht der Forderung gegen den Güterpfleger nicht, wie der gegen den Vormund, ein Concursprivilegium gewährt[10].

[11] Ein eigenthümliches Verhältniß tritt nach deutschem Gewohnheitsrecht bei der Verschollenheit ein[12]. Das Vermögen des Verschollenen wird nämlich seinen nächsten Erben gegen Caution aus-

---

[7] Bloße „custodia" im Gegensatz zur „administratio" wird in den Quellen namentlich zugeschrieben dem curator ventris und dem curator bonorum ventris nomine, l. 48 D. de adm. 26. 7, l. 1 § 4 D. de mun. 50. 4; ebenso dem Erbschaftscurator in anderen Fällen, l. 1 § 4 D. cit., l. 23 § 3 D. de her. inst. 28. 5, l. 1 § 2 D. h. t., und dem curator bonorum absentis, l. 6 § 4 D. de tut. 26. 1, l. 1 § 4 cit. (vgl. dazu Stobbe IV S. 536). Was den curator ex edicto Carboniano angeht, s. einerseits l. 1 § 4 cit., andererseits l. 5 § 5 D. de Carb. ed. 37. 10. Vgl. Ubbelohde a. a. O. S. 35 fg. Vom Concurscurator heißt es umgekehrt: „quaeque per eum . . acta facta gestaque sunt, rata habebuntur", l. 2 § 1 D. h. t., wie er denn namentlich auch die Befugniß hat, das Vermögen zum Zweck der Befriedigung der Gläubiger zu veräußern. Uebrigens beruht die heutige rechtliche Stellung gerade des Concurscurators nicht bloß auf römischem Recht; die nähere Darstellung derselben gehört in das Proceßrecht. KO. § 70 fg. 112 fg. 137 fg. — Aus der Praxis: Seuff. Arch. I. 114, XVI. 229, XVIII. 149, XXII. 154, XXIII. 40. 233, XXV. 139, XXVII. 39, XXX. 40, XXXV. 138, XXXVII. 233, [XLIV. 115]. Budde und Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI S. 268 fg.

[8] So braucht namentlich Niemand gegen seinen Willen Concurscurator zu werden, „nisi et magna necessitate et imperatoris arbitrio hoc procedat", l. 2 § 3 D. h. t. S. andererseits l. 1 § 4 D. de mun. 50. 4.

[9] Vgl. Hasse Culpa S. 272. 371, l. 54 [53] § 3 D. de furt. 47. 2. L. 9 § 4 i. f. D. de reb. auct. iud. 42. 5 spricht nicht von dem Anspruche der Gläubiger, sondern von dem Anspruche des Schuldners; nichtsdestoweniger führen Puchta § 330. e und Sintenis § 156 Anm. 3 gerade diese Stelle als Beweis für den im Text aufgestellten Satz an. Vgl. KO. § 74. 81.

[10] L. 19 § 1 — l. 24 pr. D. de reb. auct. iud. 42. 5. Vgl. § 271 Note 8 und § 272 a.

[11] Vgl. zum Folgenden: Glück XXX S. 259 fg., Rudorff S. 148 fg., Kraut II S. 217 fg., Pfeiffer praktische Ausführungen II Nr. 5, Steinberger im Rechtslex. XII S. 695 fg., und vor allem Bruns Jahrb. des gem. R. I S. 126—132. 140—147. 152—168. 189—192, Stobbe IV S. 537 fg. S. auch H. Tschierpe über die Vormundschaft für Abwesende und deren Vermögen (1831, herausgegeben von Trotsche 1866) § 14. Böhlau Mecklenb. Landrecht II S. 322 fg. Seuff. Arch. IX. 45.

[12] Verschollenheit im Gegensatz zur bloßen Abwesenheit — eine derartige Abwesenheit, welche es zweifelhaft macht, ob der Abwesende noch lebt. Der Anfang der Verschollenheit ist nach den Umständen des besonderen Falles durch den Richter zu bestimmen.

geantwortet, zwar zur vormundschaftlichen Verwaltung, aber ohne Rücksicht darauf, ob sie persönlich zu derselben fähig sind[13].

D. Amt.

§ 448.

Diejenigen, welche kraft Amtes[1] die Angelegenheiten des Staates oder einer juristischen Person verwalten, haften dem Staat und der juristischen Person, wenn nicht aus einem mit denselben abgeschlossenen Vertrag[2], doch jedenfalls aus ihrer Anstellung[3], wie sie umgekehrt

---

[13] Der Begriff der cura ist auf das Rechtsverhältniß der Erben erst seit Carpzov angewendet worden. S. über das Nähere die Ausführungen von Bruns a. a. O. — Von Anderen wird dem Anspruch der Erben auf Herausgabe des Vermögens zu vormundschaftlicher Verwaltung die gemeinrechtliche Geltung bestritten, so namentlich von Eichhorn, Mittermaier, Phillips in ihren Lehrbüchern des deutschen Privatrechts (§ 327 — II § 429 — II § 159), ferner von Pfeiffer a. a. O. S. 236—239, Sintenis § 156 Anm. 5, Stobbe IV S. 538. S. dagegen Kraut S. 245. 246 und namentlich Bruns S. 189 fg., jetzt auch Beseler in der 2. Auflage seines Lehrbuchs des deutschen Privatrechts § 148 (3. Auflage § 130, 4. Auflage § 135). Auch im Einzelnen ist hier Manches streitig, vor Allem, ob, wenn das Vermögen an den Zurückkehrenden wieder herausgegeben werden muß, auch die gezogenen Früchte mit herauszugeben sind? Dafür Pfeiffer S. 247 fg., Glück S. 283 fg., Kraut S. 237 fg.; dawider Rudorff S. 151, Steinberger S. 699 fg., Bruns S. 192. 193 (S. 146. 164 fg.), Stobbe S. 541.

[1] Auch die Vormundschaft ist in gewisser Weise ein Amt. Insofern ist die hier der Kürze wegen gewählte Bezeichnung nicht genau. § 448.

[2] Die Frage, ob zwischen dem Staate und dem von ihm angestellten Beamten ein Vertragsverhältniß bestehe, oder nicht, bleibt, in gleicher Weise wie die nähere Darstellung der für das Rechtsverhältniß zwischen dem Staate und dem Staatsbeamten maßgebenden Grundsätze, billig der Disciplin des Staatsrechts überlassen. S. darüber Zachariae deutsches Staats- und Bundesrecht II § 135 fg., Buddeus im Rechtslex. I S. 744 fg., Sintenis II § 119 Anm. 11, Laband Staatsrecht des deutschen Reichs I § 37, Freund Arch. f. öff. R. I S. 115 fg. Seuff. Arch. XXV. 235. Daß zwischen einer juristischen Person und ihren Beamten ein Vertragsverhältniß bestehen kann, liegt ebenso sehr auf der Hand, als andererseits, daß die Beamten einer juristischen Person möglicherweise ohne Vertrag kraft der Verfassung der juristischen Person eintreten können, so namentlich bei Gemeinden, Kirchen, Stiftungen. — Soweit in diesen Fällen ein Vertragsverhältniß vorliegt, fällt dasselbe unter die in § 404 und 409 bezeichneten Kategorien.

[3] Aus dem römischen Recht gehören hierher die Bestimmungen über das Verpflichtungsverhältniß der Gemeindebeamten (magistratus municipales) gegenüber der Gemeinde. Dig. 50. 8 de administratione rerum ad civitates pertinentium. Cod. 11. 31 [30]. 34—36 [33—35]. 39 [38]. Es kann von diesen Bestimmungen für das heutige Recht nur zum Zwecke der Unterstützung von Sätzen Gebrauch gemacht werden, welche sich schon aus allgemeinen Grundsätzen ergeben; insofern jene Bestimmungen von allgemeinen Grundsätzen abweichen, muß bei der großen Eigenthümlichkeit des römischen Municipalwesens ihre heutige

aus derselben einen Anspruch auf Vergütung der von ihnen geleisteten Dienste nach dem Inhalt ihrer Anstellung oder nach der Verfassung der juristischen Person haben[3a]. Ihre Verhaftung erstreckt sich auf alle Nachlässigkeit[4]. Mehrere für dasselbe Amt berufene Personen haften, soweit sie eine Schuld trifft, solidarisch nach den in § 443 zu Note 9 und 10 angegebenen Regeln[5].

E. Gemeinschaft und Grenzverwirrung.

1. Gemeinschaft*.

§ 449.

Die Thatsache, daß mehreren Personen ein dingliches Recht gemeinschaftlich ist, erzeugt zwischen denselben ein Verpflichtungsver-

---

Anwendbarkeit zurückgewiesen werden. Dahin gehört namentlich die Bestimmung, daß die magistratus wegen Arglist auf das Doppelte haften sollen (l. 9 § 4 D. h. t.), anderntheils aber die von ihnen gelegte Rechnung nur binnen eines Zeitraumes von 20, gegen ihre Erben von 10 Jahren angefochten werden könne (l. 13 § 1 D. de div. temp. praescr. 44. 3); ferner die subsidiäre Verhaftung des nominator oder creator, d. h. des nach Amtspflicht beim Abtritt seinen Nachfolger bezeichnenden magistratus (l. 2 § 7 D. h. t., l. 11—13 D. ad mun. 50. 1, Cod. 11. 34 [33] de periculo nominatorum). Vgl. Funke Beiträge zur Erörterung prakt. Rechtsmaterien Nr. 2, Sintenis II § 119 Note 11, Keller Pand. S. 604, Brinz S. 1127 fg.

3a Vgl. Seuff. Arch. XXXI. 327 und Citate das.

4 Denn die Uebernahme des Amtes ist freiwillig, und so fällt der Milderungsgrund, welcher sich bei der Vormundschaft geltend macht (§ 438 Note 5. 6) hier weg. — Auch die römischen Gemeindebeamten hafteten wegen omnis culpa l. 6 D. de adm. rer. 50. 8. Daß sie für ausgeliehene Kapitalien auch ohne alle Verschuldung gehaftet hätten, welche Behauptung sich bei Puchta § 358. c, Sintenis II S. 684 in der Anm., Funke a. a. O. S. 112 findet, geht doch aus den dafür angeführten Stellen (l. 9 § 9 D. de adm. er. 50. 8, l. 4 C. quo quisque ord. 11. 36 [35], l. un. C. de his qui ex off. 11 39 [38]) nicht mit Sicherheit hervor (vgl. l. 18 l. 24 i. f. C. de adm. tut. 5. 37, — l. 21 § 1 l. 24 D. ad mun. 50. 1, l. 17 § 7 D. de usur. 22. 1.). — Die Behauptung, daß auch hier, wie bei der Vormundschaft (§ 438 Note 9), die Erben des Beamten nur aus der lata culpa desselben haften, läßt sich nicht rechtfertigen. Seuff. Arch. IV. 116.

5 Das Gesagte folgt aus allgemeinen Grundsätzen, und steht in Einklang mit den Bestimmungen des römischen Rechts über die Verhaftung mehrerer Gemeindebeamten: l. 11 pr. — l. 13 D. ad mun. 50. 1, l. 2 § 8. 9. 10. l. 3 l. 4 pr. l. 9 § 8 D. de adm. rer. 50. 8, l. 45 D. de adm. tut. 26. 7, l. 1. 2. 3. 4 C. quo quisque ord. 11. 36 [35]. (Ueber das Verhältniß der Verhaftung des nominator zu der des Mitbeamten widersprechen sich l. 11. 13. D. ad mun. 50. 1 und l. 2 C. quo quisque ord. 11. 36 [35], vgl. auch l. 3 eod.). A. M. Brinz 1. Aufl. S. 1129.

* Dig. 10. 3 Cod. 3. 37 communi dividundo. Cod. 3. 38 communia utriusque iudicii tam familiae erciscundae quam communi dividundo. — Glück XI S. 119—166; Unterholzner II § 529—531, Sintenis II § 122,

hältniß[1], dessen Inhalt im Einzelnen unter freiem richterlichen Ermessen steht[2], welches sich aber hauptsächlich in folgenden Punkten äußert[3].

Brinz 2. Aufl. II § 323, Dernburg I § 197, Zimmermann Arch. f. civ. Pr. XXXIV S. 192—207 (1851). Brinkmann Verhältniß der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zu einander (Kiel 1855). Eck die doppelseitigen Klagen des römischen und heutigen gemeinen deutschen Rechts (Berlin 1870) S. 88—140. (Darüber Göppert krit. VJSchr. XIV S. 548 fg.) Geib die rechtliche Natur der actio communi dividundo. Tübinger Inaug.-Dissert. 1882.

[1] Das Verpflichtungsverhältniß wird begründet durch die Thatsache, daß ein dingliches Recht mehreren Personen gemeinschaftlich ist; in welcher Weise die Thatsache entstanden ist, und namentlich ob sie durch Vertrag entstanden ist oder nicht, ist gleichgültig (l. 2 pr. D. h. t., l. 65 § 13 D. pro soc. 17. 2). Neuere nennen die nicht durch Vertrag entstandene Gemeinschaft communio incidens (vgl. l. 31 D. pro soc. 17. 2: „quum non affectione societatis incidimus in communionem", auch l. 25 § 16 D. de fam. erc. 10. 2). — Das Verpflichtungsverhältniß wird begründet durch die Thatsache, daß ein dingliches Recht mehreren Personen gemeinschaftlich ist: Eigenthum (welcher Fall der Haupt- und Normalfall ist, so daß in allen anderen Fällen nach römischer Auffassung und Ausdrucksweise nur actio utilis stattfindet), Emphyteusis (l. 7 pr. D. h. t.), Superficies (l. 1 § 8 D. de superf. 43. 18), Nießbrauch (l. 7 § 7 D. h. t., l. 13 § 3 D. usufr. 7. 1, l. 4 i. f. D. de aqua quot. 43. 20), Gebrauchsrecht (l. 10 § 1 D. h. t.), erbliches Recht auf einzelne Nutzungen (l. 19 § 4 D. h. t., doch ist freilich das Verständniß dieser Stelle sehr bestritten, vgl. Schrader civ. Abhandlungen S. 300, Elvers röm. Servitutenlehre S. 109, Böcking Pand. II § 169 Note 18, Sintenis Anm. 39 und Anm. 3 Nr. 2, Vangerow I S. 714 7. Aufl., Brinkmann S. 116, Eck S. 128, Steinlechner die juris communio II S. 220 fg.), Pfandrecht (l. 7 § 6. 12. 13 D. h. t., l. 2 C. h. t., l. 29 D. fam. erc. 10. 2), vgl. Eck S. 111 fg. In Betreff der Grunddienstbarkeiten s. l. 30 [31] § 7 D. de neg. gest. 3. 5, l. 4 D. de aqua quot. 43. 20 (welche Stelle übrigens hauptsächlich von dem Falle handelt, wo für die mehreren Berechtigten keine Identität des Rechts stattfindet, von dem Falle der Identität nur nebenbei, *vv.* cedi vel simul vel separatim), aber auch l. 19 § 4 D. h. t., vgl. noch l. 52 § 12 D. pro soc. 17. 2 (l. 19 § 2 D. h. t. handelt von einem Falle, wo keine Identität des Rechts stattfindet). Vgl. Brinkmann S. 116 fg., 174 fg., Eck S. 127 fg., Steinlechner a. a. O. S. 217 fg., Rümelin die Theilung der Rechte S. 143, Brinz 2. Aufl. II § 676 Note 36. Seuff. Arch. XXIII. 128. Der wirklichen Berechtigung steht der redliche Erwerb gleich (l. 7 § 2. 3 D. h. t.), ja schon die durch Einweisung in den Besitz erlangte „iusta causa possidendi" (l. 7 § 8 D. h. t., l. 15 § 19 D. de damno inf. 39. 2, vgl. l. 4 § 4 l. 7 § 9 D. h. t.) Dagegen begründet Gemeinschaft des bloßen Besitzes das Verpflichtungsverhältniß nicht, l. 7 § 4. 5 D. h. t. vgl. Rümelin a. a. O. S. 110 fg.). Ebensowenig wird es durch die Gemeinschaft eines obligatorischen Rechts begründet, l. 7 § 11 D. h. t. — Das durch die Gemeinschaft begründete Verpflichtungsverhältniß wird in den Quellen als quasi ex contractu bezeichnet, § 3 I. de obl. quasi ex contr. 3. 27. Vgl. Steinlechner a. a. O. S. 130 fg. Die demselben dienende actio heißt actio communi dividundo — eine ungenaue Bezeichnung, da der Theilhaber dem Theilhaber nicht bloß auf Theilung verpflichtet ist, und auf anderweitige Leistungen nicht bloß bei Gelegenheit der Theilung. Ueber das Letztere s. l. 6 § 1 l. 9 11. 25 D. h. t., § 449.

1. Jeder Theilhaber ist verpflichtet, seinem Genossen denjenigen Gebrauch zu gestatten, zu welchem derselbe kraft seiner Mitberechtigung oder kraft getroffener Vereinbarung befugt ist, so wie sich seinerseits desjenigen Gebrauchs zu enthalten, welcher ihm durch die Mitberechtigung des Genossen oder durch getroffene Vereinbarung untersagt ist[4].

2. Jeder Theilhaber ist verpflichtet[4a], seinem Genossen zu ersetzen:

a) was er aus der Gemeinschaft in sein besonderes Vermögen gebracht hat[5], ebenso was er durch Vermittelung der Gemeinschaft aus dem Vermögen des Genossen in sein Vermögen gebracht hat[6].

b) Er muß ferner ersetzen, worum er durch seine Schuld die Gemeinschaft[7], oder durch Vermittelung der Gemeinschaft das Vermögen

---

l. 24 pr. l. 31 D. de fam. erc. 10. 2 und die Stellen in Note 3; vgl. Unterholzner S. 394. I, Sintenis Anm. 23. 24, Geib 11 fg. 29 fg. Seuff. Arch. IV. 38, XL. 199 (RG.). — Die Eigenthümlichkeiten des Verpflichtungsverhältnisses aus Gemeinschaft einer Erbschaft (actio familiae erciscundae, Dig. 10. 2, Cod. 3. 36) gehören in das Erbrecht. Zulässigkeit der actio communi dividundo vor der Erbtheilungsklage: Seuff. Arch. IV. 39, XIII. 222, XXXVII. 208 (RG., Entscheid. VI S. 180). — Gemeinschaftsverhältniß der Concursgläubiger: s. § 431 Ziff. 4. b. Eck S. 132 fg.

[2] Die actio communi dividundo ist bonae fidei, l. 4 § 2 l. 14 § 1 l. 24 pr. D. h. t., § 28 I. de act. 4. 6.

[3] Vgl. außerdem z. B. l. 41 l. 8 D. de nox. act. 9. 4, l. 16 § 6 D. fam. erc. 10. 2, l. 62 [61] pr. D. de furt. 47. 2; l. 19 § 2 l. 20 D. de pec. 15. 1.

[4] Vgl. I § 169a Note 4. Diese Richtung der actio communi dividundo wird gewöhnlich ganz übersehen, ja in dem Urtheil bei Seuff. Arch. IX. 268 ausdrücklich geleugnet (vgl. auch das. XIII. 24). Und doch ist sie in den Quellen so bestimmt anerkannt, wie irgend etwas. S. l. 12 l. 23 D. h. t., l. 26 D. de S. P. U. 8. 2, l. 4 D. de serv. leg. 33. 3, l. 3 § 1. 2 D. de O. N. N. 39. 1, l. 13 § 3 D. de usufr. 7. 1. Eck S. 98—100. A. M. Ubbelohde Gött. gel. Anzeigen 1883 S. 796. [Gegen dens. G. Rümelin Jahrb. f. Dogm. XXVIII S. 400 fg.] Seuff. Arch. VIII. 345, XVI. 193. [Entsch. d. RG. XII S. 193.] — Eine Untersuchung darüber, welche Klagen durch die actio communi dividundo ausgeschlossen werden, stellt an K. A. Schneider in Sell's Jahrb. I S. 391 fg.; vgl. auch Brinkmann S. 54 fg., Sintenis Anm. 3 a. E. S. noch Hesse Jahrb. f. Dogm. VIII S. 60 fg.

[4a] Absonderungsrecht des Gläubigers im Concurse: KO. § 44.

[5] L. 3 pr. l. 4 § 3 l. 6 § 1. 2. 4 D. h. t., l. 19 pr. D. de nox. act. 9. 4, l. 34 D. pro soc. 17. 2, § 4. 5 I. de off. iud. 4. 17. Seuff. Arch. IV. 37. Hat der Theilhaber nicht aus der Gemeinschaft, sondern aus dem Antheil des anderen Genossen etwas in sein Vermögen gebracht, so ist nicht actio communi dividundo, sondern actio negotiorum gestorum begründet, l. 6 § 2 D. h. t., l. 20 C. fam. erc. 3. 36, l. 19 D. de neg. gest. 2. 18 [19]. Vgl. § 431 Note 13 und Brinkmann S. 72 fg. 100 fg.

[6] L. 24 D. h. t.

[7] L. 3 pr. l. 8 § 2 l. 10 pr. l. 20 l. 26 l. 28 D. h. t., l. 4 C. h. t., l. 34 D. pro soc. 17. 2, l. 2 § 1 D. de relig. 11. 7, § 4. 5 I. de off. iud. 4. 17. Vgl. Seuff. Arch. VII. 185. (?)

des Genossen[8], geschädigt hat. Was Schuld sei, wird nach denselben Grundsätzen bemessen, wie bei der Gesellschaft, so daß der Theilhaber nur für relative Sorgfalt einsteht[9].

c) Endlich muß der Theilhaber ersetzen, was der Genosse aus seinem Vermögen im Interesse der Gemeinschaft[10], oder wegen der Gemeinschaft im Interesse des Theilhabers[11], aufgeopfert hat[11a].

---

[8] L. 8 D. de nox. act. 9. 4, l. 62 [61] pr. D. de furt. 47. 2.

[9] L. 25 § 16 D. fam. erc. 10. 2.

[10] L. 3 pr. l. 4 l. 6 pr. — § 3 § 12 D. h. t., l. 34 D. pro soc. 17. 2. Im Interesse der Gemeinschaft: l. 6 § 12 cit. („si interfuit aedium hoc fieri"), vgl. l. 25 § 15 D. fam. erc. 10. 2 („cum hoc expediret", „cogente necessitate"), l. 18 § 1 C. eod. 3. 36 („sumtus . . facti bona fide"). Vgl. Brinkmann S. 36 Nr. 9, Brinz 2. Aufl. II S. 673 Note 20, Dernburg I § 197 Note 10. Im Interesse der Gemeinschaft: bei Aufopferungen, die nicht im Interesse der Gemeinschaft, sondern im Interesse des Antheils des andern Genossen gemacht worden sind, ist nur actio negotiorum gestorum begründet, l. 6 § 2 D. h. t., l. 39 [40] D. de neg. gest. 3. 5, vgl. l. 3 C. de neg. gest. 2. 18 [19], und auf der anderen Seite l. 18 § 6. 7 l. 25 § 14. 15 D. fam. erc. 10. 2, l. 78 § 2 D. de contr. emt. 18. 1. S. § 431 Note 13 und Brinkmann S. 78 fg., Dernburg Pfandrecht II S. 33. S. noch Seuff. Arch. XXII. 120, XXXIII. 200. — Hält der Theilhaber sich für den allein Berechtigten, so fällt die actio communi dividundo weg, wie die actio negotiorum gestorum und die condictio sine causa wegfallen (§ 431 Note 18, § 422 Note 7), und es besteht bloß Retentionsrecht, l. 14 § 1 l. 29 D. h. t. Aber gilt dieser Satz auch für den Fall, wo zunächst auf Theilung geklagt und nur bei dieser Gelegenheit Ersatz für die Verwendungen verlangt wird? Es ist unmöglich, diese Frage zu bejahen; war die Formel der actio communi dividundo doch auf bona fides gestellt! Ob aber hieraus in l. 14 § 1 cit. der mit den Worten „quae cum ita sint" beginnende Satz zu erklären ist, wie Witte Bereicherungsklagen S. 9 fg. auszuführen sucht, ist mir äußerst zweifelhaft. Andere Ansichten in Betreff dieses Satzes bei Glück XI S. 152 fg., Sintenis Anm. 22. Vgl. auch Brinkmann S. 58. — S. noch Brinkmann S. 35 Nr. 7 und 8. S. 60 Nr. 16.

[11] L. 27 § 8 D. de pec. 15. 1, l. 8 § 4 l. 9 l. 15 l. 25 D. h. t.; l. 13 § 2 l. 14 D. de inst. act. 14. 3; l. 8. 17 pr. D. de nox. act. 9. 4, l. 8 § 3 l. 15 D. h. t.

[11a] Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 334 fg. will den unter c) bezeichneten Satz im Sinne des römischen Rechts ausdehnen, allerdings nur was nothwendige Aufwendungen angeht, auf alle Verhältnisse einer „untrennbaren Interessengemeinschaft". Gegen die Vieldeutigkeit und Gefährlichkeit dieser Kategorie hat sich bereits Eck a. a. O. S. 139. 140 erklärt, obgleich dieser Schriftsteller die einzelnen von Ihering angeführten Quellenentscheidungen als unter diese Kategorie gehörig anerkennt. Ich für meinen Theil glaube auch nicht so weit gehen zu dürfen, sondern bin der Ansicht, daß diese Entscheidungen sich vollkommen aus dem Recht der negotiorum gestio und der condictio sine causa erklären. Vgl. § 431 Note 12. 13a. 18. Wie gefährlich die aufgestellte Kategorie sei, hat sich sogleich bei Ihering selbst gezeigt, indem derselbe sich nämlich nicht hat entbrechen können, auf Grund dieser Kategorie den Correalgläubigern einen Regreß gegen einander schlechthin, auch wenn sie sich „obligatorisch beziehungslos gegenüberstehen", zu gewähren (vgl. § 294 Note 3). Eck hat diese Consequenz nicht gezogen. In dem von Ihering a. a. O. bezeichneten besonderen Fall ist nach

3. Jeder Theilhaber ist verpflichtet, auf Verlangen des Genossen mit demselben abzutheilen[12]. Dieses Recht wird selbst durch Verzicht nicht verloren[13]; nur ein Verzicht auf Zeit bindet[14]. Die Theilung kann entweder durch Uebereinkunft der Parteien geschehen[14a] oder durch den Richter. Durch den Richter erfolgt sie nicht nur dann, wenn ein Theilhaber sich der Theilung widersetzt, sondern es können auch die Theilhaber im Falle, wo sie über die Theilung selbst einig sind, die Ausführung derselben in die Hand des Richters legen[15] — in dem einen und dem anderen Falle aber ist die richterliche Theilung ein Act nicht sowohl der streitigen, als der freiwilligen Gerichtsbarkeit[16]. Zum Zweck der Theilung hat der Richter die Befugniß, ding=

---

dem Willen des Urhebers der Obligation jeder Correalschuldner materiell nur zu seinem Theil verpflichtet, und ich würde keinen Anstand nehmen, auf Grund dieses Willens sogar einen Vermächtnißanspruch zu gewähren. Vgl. noch § 403 Note 15. [Gegen die Ansicht Jhering's auch Goldschmidt Zeitschr. für HR. XXXV S. 62, Heck das Recht der großen Haverei S. 561—586. Vgl. auch Kohler Jahrb. f. Dogm. XXVII S. 113.]

[12] L. 5 C. h. t. „In communione vel societate nemo compellitur invitus detineri". S. jedoch l. 19 § 1 D. h. t. und Seuff. Arch. VII. 176, XV. 126, XXII. 138, XXIV. 239. Zimmermann Arch. f. civ. Pr. LIV S. 421 fg. — Ueber die Construction des Rechts auf Theilung vgl. Eck S. 100 fg., Bekker Aktionen I S. 364 fg., Göppert krit. VJSchr. XIV S. 548 fg., Hartmann die Obligation S. 143, Kohler Zeitschr. für franz. Civilr. VIII S. 182, Geib S. 32 fg. (Resultat S. 89 fg.).

[13] L. 14 § 2 D. h. t. Seuff. Arch. XXIII. 109.

[14] L. 14 § 2. 3 D. h. t. Auf welche Zeit? Auf solche Zeit, welche einem bestimmten Bedürfnisse oder Interesse entspricht. S. auch l. 14 § 2 D. h. t. (*vv.* quod etiam ipsius rei qualitati prodest). Der Vertrag, binnen einer gewissen Zeit nicht Theilung verlangen zu wollen, bindet auch die Sondernachfolger. L. 14 § 3 cit., l. 16 § 1 D. pro soc. 17. 2. Vgl. hierzu l. 14 § 1 D. h. t. (*vv.* sed is qui a me emerit). Kohler a. a. O. S. 177 fg. und Jahrb. f. Dogm. XVIII S. 397 glaubt, dieß sei keine Ausnahme, gelte vielmehr für jede Verabredung der Miteigenthümer über die Benützung der gemeinschaftlichen Sache. Dawider Rümelin die Theilung der Rechte S. 51.

[14a] Vgl. Göppert Zur Lehre vom Miteigenthum nach dem Allgem. Preuß. Landrecht S. 52 fg., Steinlechner die juris communio II S. 96 fg.

[15] Die Quellen bezeichnen nirgends einen Streit über das Ob der Theilung als Voraussetzung der richterlichen Theilung, l. 3 pr. l. 4 pr. § 3 D. h. t., § 20 I. de act. 4. 6, vgl. l. 1 pr. l. 2 pr. de fam. erc. 10. 2; ja sie setzen es als das Regelmäßige voraus, daß ein solcher Streit nicht stattfinde, l. 3 § 1 l. 13 l. 21 D. h. t., vgl. l. 1 pr. l. 5 l. 16 pr. l. 43 D. fam. erc. 10. 2.

[16] Auch im ersten Fall; auch in ihm entscheidet der Richter, indem er theilt, keinen Streit. Deßwegen bildet die dem Theilungsrichter zustehende Befugniß, den Kläger (bez. den die Theilung Beantragenden, vgl. l. 13. 14 D. de iud. 5. 1) selbst ohne Antrag des Gegners zu verurtheilen, im Grunde keine Ausnahme von dem Principe (vgl. I § 127 Note 2). — S. über das in dieser und der vorigen Note Gesagte Zimmermann a. a. O. (Arch. XXIV) S. 195—207, welcher Schriftsteller übrigens die richterliche Theilung im ersten Fall nach heu=

liche Rechte zu begründen[17]. Bei der Ausführung der Theilung muß er das Interesse der Parteien zur Richtschnur nehmen, und daher vorzugsweise etwaige Vereinbarungen derselben berücksichtigen[18]. Im Uebrigen hat er freie Hand, und kann namentlich nicht bloß dadurch theilen, daß er die gemeinschaftliche Sache zerlegt[19], oder die mehreren gemeinschaftlichen Sachen unter die einzelnen Theilhaber vertheilt[20], sondern auch dadurch, daß er dem einen Theilhaber das Gemeinschaftliche ganz, dem andern eine Entschädigung zuspricht, oder dadurch, daß er das Gemeinschaftliche einem Dritten verkauft und den Kaufpreis unter die Theilhaber vertheilt[21]. Bei Nutzungs- und Gebrauchsrechten kann auch die bloße Ausübung getheilt werden[22]. Ein gemeinschaftliches Pfandrecht wird dadurch getheilt, daß das Pfand dem einen Theilhaber gegen Ausbezahlung des andern ganz zugesprochen wird[23]. — Auf die Theilung, mag sie durch den Vertrag

---

tigem Recht als Executionsverfahren auffaßt. Ebenso Eck S. 146 fg. S. auch Seuff. Arch. XXI. 53. (?) Neuestens: Degenkolb Einlassungszwang S. 67 fg., Geib S. 32 fg.

[17] Der Ausdruck dieser Befugniß in der römischen Formula war die adiudicatio. Gai. IV. 42.

[18] L. 21 l. 3 § 1 D. h. t. Seuff. Arch. XXIII. 228, XXXIII. 23, XXXV. 23, XXXVI. 124.

[19] L. 6 § 8 l. 7 § 1 D. h. t., l. 1. 3 C. h. t., § 5 I. de off. iud. 4. 17, l. 34 § 2 C. de don. 8. 53 [54]; l. 3 C. h. t., vgl. § 4. 5 I. de off. iud. 4. 17. Seuff. Arch. XXVII. 127. — Begründung von Dienstbarkeiten an dem, was einem Theilhaber zugesprochen ist, zu Gunsten des andern, l. 7 § 1 l. 18 D. h. t.

[20] L. 6 § 8. 9 l. 19 § 3 D. h. t., l. 3 C. h. t., § 5 I. de off. iud. 4. 17. Seuff. Arch. XVIII. 35. Eine Geldentschädigung kann auch bei der ersten Theilungsart vorkommen, wenn das jedem der Theilhaber Zugewiesene ihrem Antheil an der Gemeinschaft nicht entspricht, l. 3 C. h. t., § 20 I. de act. 4. 6, § 5 I. de off. iud. 4. 17. — Daß der Richter zur Sicherheit der Geldentschädigung an dem dem Schuldner Zugewiesenen ein Pfandrecht begründen kann, ist deßwegen nicht weniger sicher, weil es in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt ist (I § 233 Note 1). — Möglicherweise kann die Entschädigung auch darin bestehen, daß dem einen Theilhaber der Nießbrauch an der Sache zugesprochen wird, l. 6 § 10 D. h. t., l. 6 § 1 D. de usufr. 7. 1. Vgl. auch Eck S. 102.

[21] L. 3 C. h. t. Vgl. Seuff. Arch. I. 98. 261, XV. 125, XX. 32, XXII. 43, XXXIII. 287.

[22] L. 7 § 10 i. f. D. h. t., l. 13 § 3 D. de usufr. 7. 1, l. 19 § 4 D. h. t., l. 4 l. 5 pr. D. de aqua quot. 43. 20. Vgl. auch Seuff. Arch. XL. 199. — Theilung durch reale Zerlegung des Gegenstandes des Nutzungsrechts: l. 7 § 10 D. h. t. Theilung mit Hülfe einer Geldentschädigung: l. 7 § 10 cit., l. 10 § 1 D. h. t. — Eine Auseinandersetzung in Betreff der Ausübung kann auch nothwendig werden, ohne daß Identität des Rechts für die mehreren Berechtigten stattfindet. L. 4 D. de aqua quot. 43. 20, l. 25 D. de S. P. R. 8. 3.

[23] Wobei jedoch in den Quellen die rechtliche Stellung des Ausbezahlenden nicht sowohl auf die Adjudication, als vielmehr auf die Ausbezahlung als solche gestützt wird. L. 7 § 12. 13 D. h. t., l. 29 D. fam. erc. 10. 2. Doch sind die

der Parteien oder durch den Richter erfolgt sein, finden die Grundsätze von der Entwehrung Anwendung, obgleich auch ohne Entwehrung ein Anspruch wegen Nichtverschaffung des gehörigen Rechts begründet sein kann[24]. — Angefochten werden kann die Theilung, richterliche oder vertragsmäßige, nur aus allgemeinen Gründen[25]. — Getheilt werden kann auch bloß unter Einigen der Theilhaber; natürlich aber wird das Recht der Uebrigen durch eine solche Theilung nicht berührt[26].

Meinungen hier verschieden. Vgl. Dernburg Pfandrecht II S. 393 fg., Schmid Cession I S. 226 fg., Eck S. 114 fg., und speciell zu l. 29 D. cit. die I § 233a Note 1 Genannten. — Theilung durch reale Zerlegung des Pfandgegenstandes ist principiell nicht ausgeschlossen, aber bedenklich, wegen der dadurch leicht herbeigeführten Werthminderung, welche der Schuldner sich nicht gefallen zu lassen braucht.

[24] S. § 292 Note 3. Dernburg Pfandrecht II S. 35—37.

[25] Es wird behauptet: 1) daß das richterliche Urtheil auch wegen Verletzung über die Hälfte angefochten werden könne; dieß ist gewiß unrichtig. Glück XI S. 89 fg. 2) Es wird Anfechtbarkeit des Theilungsvertrages wegen Verletzung über die Hälfte behauptet. Die Richtigkeit dieser Meinung hängt davon ab, ob die für den Kauf gegebene Vorschrift (l. 2 C. de resc. vend. 4. 44) auf andere gegenseitige Verträge auszudehnen ist; s. darüber § 396 Note 10. 3) Es wird behauptet, daß der Theilungsvertrag wegen jeder (nicht ganz unerheblichen) Verkürzung angefochten werden könne. S. namentlich Glück a. a. O. S. 92 a. E., Holzschuher III § 309 Nr. 7. b, Sintenis Anm. 44, Arndts § 320 a. E. Diese Meinung wird gestützt auf l. 3 C. comm. utr. iud. 3. 38. „Maioribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis divisionibus, solet subveniri; quia in bonae fidei iudiciis, quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur“. Ich glaube nun zwar nicht, daß es gerechtfertigt ist, wie man von der anderen Seite gewollt hat, in dem Worte perperam einfach eine Wiederholung des Vorhergehenden (per fraudem vel dolum) zu sehen (vgl. übrigens die ursprüngliche Fassung der Stelle in Consult. II. 6 und Cod. Gregor. ed. Haenel p. 22), halte es aber auch für viel zu bedenklich, bloß auf Grund dieses ganz unbestimmten Ausdrucks einen von allgemeinen Grundsätzen so sehr abweichenden Satz einzuführen; um so mehr, als der Schluß der Stelle ja ausdrücklich auf die Regel der bonae fidei iudicia hinweist. Das versteht sich übrigens von selbst, daß wegen irriger Voraussetzung, und namentlich wenn der Theilung ein nicht vorhandenes Berechtigungsverhältniß zu Grunde gelegt worden ist, ein Anfechtungsrecht allerdings begründet ist, und gerade auf diesen Fall ist vielleicht das „perperam“ der l. 3 C. cit. zu beziehen. S. l. 36 D. fam. erc. 10. 2 und das Urtheil des OAG. zu Lübeck bei Seuff. Arch. XII. 30; auch das. IV. 222. Gegen die bei 3 bezeichnete Meinung das. I. 262. 263. Vgl. noch Mommsen Erörterungen II S. 25 Note 1, Geib S. 53 Note 150.

[26] L. 8 pr. D. h. t., l. 2 § 4 D. fam. erc. 10. 2, l. 17 C. eod. 3. 36. Ein besonderer, sorgfältiger, Aufsatz über diesen Fall von Zimmermann (in Lübeck) „über die Theilung unter wenigen Kommunions-Interessenten“: Arch. für civ. Pr. XXXIV S. 323 fg. 192 fg. (1851). Dieser Schriftsteller weist namentlich nach, daß die Klage auf Theilung nicht durch die Einrede der Mehrheit der Mitberechtigten zurückgewiesen werden könne, andererseits es allerdings dem Beklagten unbenommen sei, seinerseits auch die übrigen Mitberechtigten mit in das

2. Grenzverwirrung*.

§ 450.

Eine Gemeinschaft kann in gewissem Sinne auch durch die Grenzverwirrung[1] entstehen. Wenn nämlich auf Grenzberichtigung geklagt wird[2], so hat der Richter zwar zunächst die richtige Grenze aufzusuchen und demgemäß sein Urtheil zu fällen[3]; wenn er aber die wahre Grenze nicht auffinden kann, so bleibt ihm nichts Anderes übrig, als das streitige Stück als gemeinschaftlich zu behandeln und dasselbe zwischen den Parteien zu theilen[4]. Es ist ihm auch erlaubt, die wahre Grenze, um künftiger Grenzverwirrung vorzubeugen, zu verlegen[5],

---

Theilungsverfahren hineinzuziehen. Dagegen halte ich die Gründe, aus welchen Zimmermann behauptet, daß zwischen einigen Mitberechtigten eine Theilung durch körperliche Zerlegung der gemeinschaftlichen Sache nicht zulässig sei (S. 215 fg. 219), nicht für überzeugend. Entscheid. des RG. I S. 319, XII S. 198. A. M. Dernburg I S. 454.

* Dig. 10. 1 Cod. 3. 39 finium regundorum. — Puchta Zeitschr. f. Recht und Gesetzgeb. in Kurhessen II S. 1 fg. kl. civ. Schriften Nr. 21 (1837). Wiederhold Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIII S. 35 fg. (1839). Sternburg das. XVII S. 426 fg. (1842). Rudorff Zeitschrift für gesch. RW. X S. 343 fg. (1842). Ders. Schriften der röm. Feldmesser II S. 422 fg. (1852). Hoffmann Arch. für civ. Pr. XXXI S. 493 fg. und XXXV S. 350 fg. (1848. 1852). Karlowa Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprocesses S. 141—162 (1865). Hesse Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn 2. Aufl. S. 488 fg. (1880). Sintenis II S. 722—723, Vangerow III § 648 Anm., Dernburg I § 229. Ueber das Rechtshistorische s. namentlich Rudorff und Karlowa a. a. O.

1 Dieselbe ist nicht möglich zwischen angrenzenden Gebäuden. L. 2 pr. l. 4 § 450.
§ 10 D. h. t. S. auch l. 4 § 11 l. 5. 6 D. h. t. Vgl. Puchta a. a. O. kl. civ. Schr. S. 350 fg. Seuff. Arch. XIV. 29.

2 Actio finium regundorum. Dieselbe ist zunächst nichts Anderes, als Inanspruchnahme eines Stückes Land, welches aus dem ruhigen Besitz hinausgekommen ist. Daher l. 1 D. h. t. „Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est". Vgl. Seuff. Arch. XVIII. 273, XXX. 6. — Die Meinung von Wiederhold, daß actio finium regundorum wesentlich auf Abmarkung, und nur bei dieser Gelegenheit möglicherweise auch auf Grenzberichtigung gehe, findet in den Quellen keine Rechtfertigung. Man unterscheidet heutzutage wohl zwischen einer actio finium regundorum qualificata und simplex, je nachdem der Kläger eine bestimmte Grenze als die richtige behauptet oder nicht. Vgl. Puchta a. a. O. kl. Schr. S. 348. 353 fg. Seuff. Arch. V. 16, XX. 33, XXI. 212, XXIII. 26, XXX. 5, XXXIV. 15. 184. — Vgl. noch Seuff. Arch. XVIII. 243.

3 L. 4 pr. D. h. t. Seuff. Arch. XIV. 29. 136; auch V. 17.

4 L. 2 § 1 D. h. t. Vorausgesetzt, daß nicht ein fester Besitzstand für eine der Parteien vorhanden ist? So Seuff. Arch. XXIV. 215, vgl. Dernburg Preuß. Privatr. I S. 455. Aber s. unten zu Note 10.

5 Um ihm diese, so wie die zur folgenden Note bezeichnete Maßregel zu ermöglichen, stand in der Formula der actio finium regundorum, wie in der der eigentlichen Theilungsklagen, die adiudicatio, so wie eine duplex condemnatio.

natürlich unter Zuerkennung einer Geldentschädigung an denjenigen, welcher dadurch verliert[6]. Er kann auch Maßregeln zum Schutze der Grenze anordnen[7]. Endlich kann er den Parteien auf ihren Antrag Ersatz für gezogene Nutzungen, erlittenen Schaden und gemachte Verwendungen zusprechen[8]. — Der Grenzberichtigungsanspruch kann nicht bloß von dem Eigenthümer und gegen denselben, sondern auch von dem Emphyteuta, Superficiar, Nießbraucher, Pfandberechtigten, und gegen diese Personen erhoben werden[9]. — Auf die ordentliche Ersitzung darf der Grenzrichter keine Rücksicht nehmen, wohl auf die dreißigjährige Verjährung[10].

III. Forderungen aus Vergehen und verwandte Fälle.

A. Arglist*.

§ 451.

Das römische Recht hat nicht den Satz aufgestellt, daß Jeder den durch seine Schuld[1], wohl aber den Satz, daß Jeder den durch

---

Gai. IV. 42, § 6 I. de off. iud. 4. 17, l. 10 D. h. t., l. 13 D. de iud. 5. 1, l. 37 § 1 D. de O. et A. 44. 7.

[6] L. 2 § 1 l. 3 D. h. t., § 6 I. de off. iud. 4. 17.

[7] L. 4 § 3 D. h. t.

[8] L. 4 § 1. 2 D. h. t., § 6 I. de off. iud. 4. 17, l. 56 D. de fam. erc. 10. 2. Ueber die Lesart in l. 4 § 1 cit. s. Glück X S. 445 Note 63. L. 4 § 2 cit. verweist für die vor dem Proceß male fide gezogenen und verzehrten Früchte auf eine condictio. Es ist kaum glaublich, daß der römische Grenzrichter nicht auch auf diese Früchte hätte sollen erkennen können; denn ohne Zweifel war die actio finium regundorum bonae fidei, wie die actio communi dividundo und familiae erciscundae. Jedenfalls ist für uns die Stelle ohne Bedeutung.

[9] L. 4 § 9 D. h. t. Seuff. Arch. XXII. 44, XXVI. 14.

[10] L. 5. 6 C. h. t. — Ueber das Geschichtliche s. Rudorff und Karlowa a. a. O. Die Ansicht des Ersteren, welche bisher allgemeine Billigung gefunden hat, geht dahin: das ältere römische Recht habe bei der actio finium regundorum unterschieden zwischen den Streitigkeiten über den technisch s. g. finis, d. h. den durch die 12 Taf. und die lex Mamilia geordneten fünffüßigen Grenzsaum, und den Streitigkeiten, welche darüber hinausgingen (controversia de loco), und die Ersitzung nur bei Streitigkeiten der ersten Art ausgeschlossen, nicht bei Streitigkeiten der zweiten Art; im Jahre 385 n. Chr. aber sei durch die l. 4 C. Th. fin. reg. 2. 26 (verstümmelt als l. 5 C. h. t.) die controversia de loco der controversia de fine in dieser, wie in jeder anderen Beziehung gleichgestellt worden. Dagegen hat neuerdings Karlowa auszuführen gesucht, daß das römische Recht die controversia de loco nie als actio finium regundorum behandelt habe, vielmehr als rei vindicatio, und daß die Absicht der l. 4 cit. gewesen sei, die Anwendung der l. t. praescriptio auf den Streit über den finis auszuschließen. Vgl. jetzt auch Bekker die Aktionen I S. 235 fg., Dernburg a. a. O. Note 2.

seine Arglist entstandenen Schaden zu ersetzen verpflichtet sei[2]. Das arglistige Verhalten kann möglicherweise den Thatbestand eines besonderen Vergehens bilden; von diesen Fällen wird in den folgenden §§ besonders die Rede sein[3]. Wo dieß nicht der Fall ist, gelten folgende Regeln.

1. Der Umfang der Verpflichtung des Arglistigen bestimmt sich nach den Grundsätzen der Lehre vom Interesse[4].

2. Auf vollen Schadensersatz haftet der Arglistige nur zwei Jahre lang[5]; nach dieser Zeit beschränkt sich seine Verhaftung auf dasjenige, was durch seine Arglist in sein Vermögen gekommen ist[6].

---

* Dig. 4. 3 Cod. 2. 20 [21] de dolo malo. Glück V S. 513 fg.; Unterholzner II S. 74 fg. 747 fg., Sintenis II S. 730 fg., Brinz 2. Aufl. II § 344. Pernice Labeo II S. 97 fg.

[1] Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 12. 24, [Heffe Arch. f. prakt. RW. N. F. XIV S. 213 fg. 224 fg.] In diesem Sinne ist erkannt bei Seuff. Arch. VIII. 137, XXIX. 26, [XXXIII. 302, XXXIX. 7 (RG., Entsch. IX S. 163], XL. 20, [XLII. 299, XLV. 91]. Für das Gegentheil Seuff. Arch. IX. 25, XVII. 224, XXI. 55 Nr. 2, [XXXIII. 303, XLIV. 251. 252. 253]. S. ferner das Erk. des OAG. zu Rostock vom 14. Jan. 1837 in: Sammlung von Entscheidungen des OAG. und der städtischen Gerichte in Rockstock'schen Rechtsfällen S. 489 (2. Aufl. S. 239), und vgl. Bl. für RAnw. zun. in Bayern Ergänz.-Bd. zu Bd. XXXI und XXXII S. 395 fg. (Baier. Landrecht). [A. M. neuestens auch Henrici Gruchot's Beiträge XXXII S. 161 fg. mit besonderer Beziehung auf den durch die Erwirkung eines ungerechtfertigten Arrestes verursachten Schaden. Für diesen Fall hat auch das OAG. zu Rostock in der Entscheidung bei Buchka und Budde II S. 223 fg. einen Schadensersatzanspruch anerkannt; ebenso macht Dernburg II § 135 für diesen Fall eine Ausnahme.] Vgl. noch § 455 Note 6. Deutsches Recht und neuere Gesetzgebungen: Stobbe III § 200 Nr. 1. § 451.

[2] Arglist, dolus. Ueber den Begriff desselben s. I § 101 Note 6. Eine besonders wichtige Form des dolus ist der Betrug, eine so wichtige, daß auf denselben in l. 1 § 2 D. h. t. geradezu die Definition des dolus gestellt wird. Aber s. auf der andern Seite l. 7 § 3. 6. 8. 9 l. 9 § 4 l. 18 § 5 l. 19. 20 l. 32. 33. 34. 35 D. h. t., l. 14 § 13 D. quod met. causa 4. 2, l. 9 pr. D. si serv. 8. 5, l. 5 pr. D. si mensor 11. 6, l. 10 § 6 D. de in rem verso 15. 3, l. 15 l. 16 § 1 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 8 § 2 D. de leg. praest. 37. 5, l. 1 § 12 D. de aqua pluv. 39. 3. Vgl. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1865 Nr. 7 (Verleitung zu einem nichtigen Vertrag). Entscheid. d. RG. VIII S. 176 (= Seuff. Arch. XXXVIII. 229). [Seuff. Arch. XLII. 211, XLIII. 271, Entsch. d. RG. XXIII S. 130.] Pernice a. a. O. verlangt zur Begründung der actio doli eine arglistige (hinterlistige) Veranstaltung zum Nachtheile eines Andern.

[3] L. 3 § 1 D. stellionatus 47. 20. „Stellionatum autem obici posse his, qui dolo quid fecerunt, sciendum est, scilicet si aliud crimen non sit, quod obiciatur. Quod enim in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. Ubicunque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiciemus".

[4] S. § 257. 258. L. 18 pr. § 1. 4 D. h. t.

[5] Nach der Vorschrift der l. 8 C. h. t., durch welche ein biennium continuum an die Stelle des früheren annus utilis gesetzt worden ist. Die weitere Vor-

3. Die Erben des Arglistigen haften nach allgemeinen Grundsätzen nur bis zum Belange der Erbschaft[7].

4. Ist die Arglist in Angelegenheiten eines Andern geübt worden, so haftet derselbe auf die Bereicherung[8]. Abgesehen von diesem Falle haftet der dritte Besitzer nicht[9].[10]

B. Entwendung*.

1. Begriff.

§ 452.

Für dieses Vergehen hat zwar die römische Sprache eine einheitliche Bezeichnung, nicht aber die deutsche; der Ausdruck Entwen-

---

schrift dieser Stelle (vgl. l. 1 pr. C. Th. h. t. 2. 15), daß der Proceß in zwei Jahren auch zu Ende geführt sein müsse, wird heutzutage nicht mehr beachtet.

[6] Unabhängig davon, ob er es noch jetzt hat. Vgl. mit l. 28 i. f. D. h. t., l. 10 § 24 D. quae in fraud. cred. 42. 8 l. 4 D. de interd. 43. 1, l. 1 pr. D. de vi 43. 16. Witte Bereicherungsklagen S. 318. Seuff. Arch. XL. 203.

[7] Nach heutigem Recht, § 359 Note 16; nach römischem Recht auf „quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit", l. 26—28 D. h. t., l. 13 pr. l. 17 § 1 eod.

[8] L. 15 pr. § 1. 2 D. h. t.

[9] L. 15 § 3 D. h. t. Vgl. l. 10 C. de resc. vend. 4. 44.

[10] Nach römischem Recht galten für die actio de dolo noch folgende besondere Sätze, welche ihren Grund in der infamirenden Wirkung derselben hatten (l. 1 § 4 l. 11 § 1 D. h. t., l. 1 l. 4 § 5 D. de his qui not. 3. 2), und mit dieser Wirkung heutzutage weggefallen sind (I § 56). a) Die actio de dolo wurde nur causa cognita gegeben, und namentlich nicht bei einem geringfügigen Schaden, d. h. einem Schaden unter 2 aurei. L. 9 § 5 l. 10 l. 11 pr. D. h. t. b) Ebensowenig wurde sie gegen Respectspersonen gegeben; gegen diese wurde aber eine actio in factum auf die Bereicherung gewährt, l. 11 § 1 l. 12 D. h. t. Vgl. übrigens § 514 Note 3. c) Die actio de dolo wurde nicht gewährt, wenn irgend ein anderer Weg der Rechtshülfe offen stand, l. 1 § 4 — l. 9 § 4 l. 18 § 2. 3 l. 25 l. 40 D. h. t., l. 2 C. h. t. Auch dann nicht, wenn von einem Dritten Schadensersatz zu erlangen war, l. 1 § 8 — l. 6 D. h. t. Vgl. über diese subsidiäre Natur der actio de dolo Schneider die allgemeinen subsidiären Klagen des römischen Rechts S. 308 fg., welcher Schriftsteller übrigens den Grund der Subsidiarität nicht in der infamirenden Wirkung der Klage sieht, sondern die Subsidiarität historisch erklären will. Vgl. auch Pernice a. a. O. S. 98, Brinz a. a. O. Note 28. Wollte man die zu c) gedachte Bestimmung heutzutage noch anwenden, so würde das — abgesehen von dem Fall der Verhaftung eines Dritten — den Sinn haben, daß gegen den Arglistigen die rechtlichen Grundsätze von der Arglist nur dann in Anwendung gebracht werden dürften, wenn kein anderer Rechtssatz Hülfe gewährte. — Die kurze Verjährung der actio de dolo beruht auf ihrer infamirenden Wirkung nicht (in l. 29 D. h. t. weist das „ideoque" auf den ersten Theil der Stelle, also auf die Verhaftung bloß bis zum Belange der Bereicherung zurück). — Vgl. über die verschiedenen Ansichten Glück V S. 528 fg., Hänel Arch. f. civ. Pr. XII S. 413 fg., Schneider a. a. O. S. 332, Sintenis S. 730 Anm. 9, [Dernburg II § 136 Note 67]. Aus der Praxis: in Betreff der zweijährigen Verjährung Seuff. Arch. XXIX. 142,

dung, welche hier im technisch-juristischen Sinne gebraucht wird, darf nicht im Sinne des Lebens verstanden werden[1]. Die Hauptform der Entwendung ist der Diebstahl; aber sie ist nicht die einzige[2]. Entwendung ist vielmehr[3] jede arglistige, d. h. bewußt widerrechtliche[4], Behandlung einer körperlichen beweglichen Sache in der Absicht, sich dadurch zu bereichern.

1. Behandlung einer Sache[5]. Nicht schon die widerrechtliche Absicht oder das Aussprechen derselben ist Entwendung; die Absicht muß durch die Herstellung des ihr entsprechenden körperlichen Verhältnisses zur Sache verwirklicht worden sein[6].

2. Behandlung in Bereicherungsabsicht. Die Absicht muß auf einen von der Sache zu gewinnenden Vermögensvortheil gerichtet sein[7].

XXXVIII. 204, [XLII. 211, XLIV. 255 (RG., Entsch. XXIII S. 143); in Betreff der Subsidiarität: Entsch. d. RG. XXIII S. 143 (Seuff. Arch. XLIV. 254, für die heutige Geltung der Subsidiarität. In dem Erk. des RG. Entsch. IX S. 146 ist die Frage nicht entschieden).]

* Inst. 4. 1 de obligationibus quae ex delicto nascuntur. Dig. 47. 2 de furtis, Cod. 6. 2 de furtis et servo corrupto. — Klien Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls, 1. (einziger) Band (1806). Dollmann die Entwendung nach den Quellen des gemeinen Rechts (1834). Wächter Art. Diebstahl in Weiske's Rechtslex. (1844). Unterholzner Verjährungslehre I § 62—67 (2. Ausg. 1858). Glück XIII S. 211 fg., Unterholzner (Schuldverhältnisse) II S. 675—690, Sintenis II S. 728—729, Brinz 2. Aufl. II § 339.

[1] Die römische Bezeichnung ist furtum. Ein entsprechender deutscher Ausdruck ist der Rechtssprache Bedürfniß, und da die Sprache des Lebens einen solchen nicht darbietet, so muß er neu geschaffen oder durch Umprägung eines vorhandenen Ausdruckes gewonnen werden. In diesem Sinne wird hier der Ausdruck „Entwendung" verwerthet. Andere reden von „Dieberei" oder „Diebheit". Vgl. Wächter S. 388, Heffter Lehrb. des Strafr. § 488. Vgl. noch StrGB. § 370 Nr. 5. § 452.

[2] Diebstahl ist: wissentlich widerrechtliche Wegnahme einer fremden Sache aus fremdem Gewahrsam in der Absicht, sich die Sache anzueignen. Vgl. StrGB. § 242.

[3] Die Legaldefinition des furtum findet sich in l. 1 § 3 D. h. t. „Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve". Vgl. § 1 I. h. t.

[4] Contrectatio fraudulosa. Es ist also nothwendig Unrecht und Bewußtsein des Unrechts; Unrecht ohne Bewußtsein des Unrechts genügt ebenso wenig zur Entwendung, wie Bewußtsein des Unrechts ohne Unrecht. L. 43 § 5. 6. 10 l. 46 § 7. 8 D. h. t., § 7. 8 I. h. t. (zu § 8 cit. vgl. l. 91 D. h. t., l. 20 C. h. t.).

[5] Contrectatio rei.

[6] L. 52 § 19 D. h. t. „Neque verbo, neque scriptura quis furtum facit; hoc enim iure utimur, ut furtum sine contrectatione non fiat". Beim heutigen Diebstahl besteht die Contrectation in der Besitzergreifung der Sache. Vgl. Wächter S. 364. 369.

[7] Animus lucri faciendi. L. 1 § 3 l. 43 § 4 l. 66 [65] D. h. t. Wer

Sie braucht aber nicht gerichtet zu sein auf Aneignung der gesammten Sache oder ihres gesammten Vermögenswerthes[8]; auch derjenige begeht eine Entwendung, welcher sich bloß durch den Gebrauch[9] der Sache bereichern will, oder durch den Besitz[10] derselben, oder in irgend einer andern Weise[11].

---

sich an einer Sache vergreift in der Absicht, einen Anderen Schaden zuzufügen oder ihn zu kränken, begeht keine Entwendung. L. 22 pr. l. 54 [53] pr. D. h. t., l. 41 § 1 D. ad leg. Aquil. 9. 2, l. 14 § 2 D. de praescr. verb. 19. 5. Von der anderen Seite ist nicht nothwendig die Absicht, dasjenige, was man sich angeeignet hat, zu behalten. L. 55 [54] § 1 D. h. t. „Species . . lucri est, ex alieno largiri, et beneficii debitorem sibi acquirere. Unde et is furti tenetur, qui ideo rem amovet, ut eam alii donet". Deßwegen ist es irreführend, wenn man den animus lucri faciendi der Quellen im Deutschen durch „gewinnsüchtige" oder „habsüchtige" Absicht ausdrückt. Vgl. noch l. 15 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4; l. 39 l. 83 [82] § 2 D. h. t., Paul. sentent. II. 31 § 12; l. 52 § 20 h. t.

[8] L. 1 § 3 D. h. t.: — „vel ipsius rei". Hierher gehört außer dem deutschen Diebstahl (Note 2): a) die widerrechtliche Aneignung gefundener Sachen (l. 43 § 4. 11 D. h. t., l. 9 § 8 l. 31 § 1 l. 44 D. de A. R. D. 41. 1; § 48 I. de R. D. 2. 1); b) die Unterschlagung im engeren Sinne, d. h. die widerrechtliche Aneignung von Sachen, welche der Thäter bereits in Händen hat (l. 1 § 2 l. 68 [67] pr. D. h. t., l. 29 pr. D. dep. 16. 3, l. 3 § 18 D. de poss. 41. 2; l. 72 [71] pr. D. h. t.; l. 52 § 7 D. h. t., l. 43 § 1 l. 52 § 16 D. l. 7 C. h. t., l. 22 § 7 D. mand. 17. 1, l. 25 D. de don. 39. 5; l. 33 D. h. t., l. 1 § 22 l. 2 § 1 D. de tutelae 27. 3; l. 46 § 6 D. h. t.); c) die widerrechtliche Veräußerung fremder Sachen (§ 3 I. de usuc. 2. 6, l. 74 [73] D. l. 6. 16 C. h. t., l. 78 D. de sol. 46. 3) oder verpfändeter Sachen durch den Eigenthümer (l. 19 § 6 l. 67 [66] § 4 D. h. t.); d) die widerrechtliche Annahme von Sachen, welche der Eigenthümer in Folge eines Irrthums ohne den Eigenthumsübertragungswillen (l. 44 § 1 l. 67 [66] § 4 D. h. t.), oder zwar mit dem Eigenthumsübertragungswillen, aber unter einer irrigen Voraussetzung (§ 426 Note 16, § 427 Note 4) gibt. S. auch l. 52 § 22 D. h. t. [Der Satz zu c) ist neuerdings bestritten von Pfersche Privatrechtl. Abhandlungen S. 129 fg. 235 fg. und von Pampaloni Arch. giuridico XXVIII p. 273 s. Dagegen: Landsberg das furtum des bösgläubigen Besitzers. 1888. Ueber diese Schrift: Stampe Zeitschr. der Sav.-Stift. IX S. 432 fg., Mitteis krit. VJSchr. XXXI. S 43 (Beide zustimmend), Pfersche Grünhut's Zeitschr. XVII S. 384 fg. (ablehnend).]

[9] L. 1 § 3 D. h. t.: — „vel etiam usus eius". L. 55 [54] § 1 D. h. t.: — „ex quo satis apparet furtum fieri et si quis usum alienae rei in suum lucrum convertat". L. 40 l. 48 § 4 l. 55 [54] pr. l. 72 [71] pr. l. 77 [76] pr. l. 83 [82] pr. D. h. t., § 6. 7 I. h. t., l. 16 D. de cond. furt. 13. 1, l. 5 § 8 D. comm. 13. 6. Vgl. StrGB. § 290.

[10] L. 1 § 3 D. h. t. — „possessionisve". Hierher gehört der Fall, wo der Eigenthümer die Sache demjenigen wegnimmt, welcher zur Detention derselben berechtigt ist (l. 15 § 2 l. 20 § 1 l. 54 [53] § 4 l. 60 [59] D. h. t.; l. 20 § 1 l. 54 [53] § 4 D. h. t.; l. 15 § 2 D. h. t.; l. 15 § 1 l. 20 § 1 D. h. t.; l. 19 § 5. 6 l. 20 pr. D. h. t., § 10. 14 I. h. t., l. 36 pr. D. de pign. act. 13. 7). Andere (Marezoll Arch. für civ. Pr. VIII S. 284 fg., v. Buchholtz jurist. Abhandlungen Nr. 26) beziehen mit Berufung auf die Autorität des Theophilus (zu § 1 I. h. t.) den Ausdruck furtum possessionis auf den Fall der Unterschlagung. S. darüber und dagegen Wächter S. 362, Vangerow III

3. Die Entwendung setzt nicht voraus, daß die Sache aus fremdem Gewahrsam weggenommen werde[12]. Ebensowenig setzt sie voraus, daß die Sache nicht im Eigenthum des Entwendenden[13], wohl aber, daß sie überhaupt in einem Eigenthumsverhältniß stehe[14].

4. Die Entwendung setzt eine bewegliche Sache voraus[15]. Doch findet im Falle der gewaltsamen Wegnahme unbeweglicher Sachen ein Ersatzanspruch nach den Grundsätzen des Entwendungsanspruches statt[16].

2. Verpflichtungen.

§ 453.

1. Aus der Entwendung entsteht ein Anspruch[1] auf Rückgabe des Entwendeten und Leistung des vollen Interesse[2]. Ob der Entwender das Entwendete noch hat, oder nicht, und wenn er es verloren hat, in welcher Weise er es verloren hat, ob mit oder ohne seine Schuld, ist gleichgültig[3]; selbst dann haftet er, wenn das Entwendete gar nicht in seine Hände gelangt ist[4]. Wie der Entwender

---

§ 679 Anm. 1. — Ueber furtum usus und furtum possessionis neuestens: Bachem der Unterschied zwischen dem furtum des röm. R. und dem Diebstahl nach dem deutschen Reichs-Strafgesetzb. (Göttinger Inaug.-Diss. 1880) S. 2 fg., Schirmer Zeitschr. d. Sav.-Stift. V S. 207 fg. (1884). — Vgl. StrGB. § 289.

[11] Z. B. Jemand vernichtet die Schrift einer Urkunde in der Absicht, dadurch dem Andern ein Beweismittel gegen sich zu entziehen, l. 27 § 2 l. 31 § 1 D. h. t., l. 41 § 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, vgl. l. 52 § 23 D. h. t.

[12] S. die Fälle der Note 8.

[13] Furtum rei suae, § 10 I. h. t. S. die Fälle der Note 10; ferner l. 19 § 6 l. 67 [66] pr. D. h. t. (Note 8 c). Auch l. 26 § 1 D. h. t. (l. 12 § 5 D. de usufr. 7. 1). — Entwendung einer gemeinschaftlichen Sache: l. 45 D. h. t.

[14] L. 43 § 5 D. h. t., l. 6 D. de expil. her. 47. 19.

[15] — „abolita est enim quorundam veterum sententia (vgl. Gell. N. A. XI. 18) existimantium, etiam fundi locive furtum fieri", § 7 I. de usuc. 2. 6, l. 38 D. de usurp. 41. 3; l. 25 pr. D. h. t.

[16] L. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 § 1 D. h. t. Uebrigens ist der Ersatzanspruch bei unbeweglichen Sachen praktisch unendlich weniger wichtig, als bei beweglichen, da jene nicht verbracht werden können. Von Bedeutung wird er nur da, wo der Beschädigte kein Recht an der Sache hat, als condictio possessionis.

[1] Dig. 13. 1 Cod. 4. 8 de condictione furtiva. Der Anspruch ist ein Delictsanspruch im Gewande eines Anspruches aus ungerechtfertigter Bereicherung. S. § 425. § 453.

[2] L. 3 D. h. t. (§ 425 Note 2), l. 10 pr. eod.

[3] — „semper enim moram fur facere videtur", l. 8 § 1 D. h. t.; l. 8 pr. l. 16. 17, l. 20 D. l. 2 C. h. t. Vgl. § 278 Note 9.

[4] Dieß ist z. B. der Fall, wenn er zur Entwendung die Thätigkeit eines Andern benützt, und dieser ihm die Sache unterschlägt. L. 19 D. de act. rer. am. 25. 2. [S. noch l. 7 § 7 D. de dolo 4. 3, l. 50 § 4 D. h. t.]

haftet auch sein Gehülfe[5]. Mehrere Entwender haften als Solidarschuldner[6]. Der Anspruch steht zu: dem Eigenthümer[7], dem an der Sache sonst dinglich Berechtigten[8], dem juristischen Besitzer[9]; ferner muß er nach heutigem Recht auch dem Besitzer in fremdem Namen, welcher für die Sache verantwortlich ist, und um so mehr demjenigen, welcher an dem Haben und Behalten der Sache ein eigenes vermögensrechtliches Interesse hat[10], zugestanden werden[11]. Der An-

[5] Dieser Satz ist nicht unzweifelhaft. Es liegt hier ein Widerspruch vor zwischen l. 6 D. h. t. und l. 53 § 2 D. de V. S. 50. 16. Zu vereinigen sind m. E. diese Stellen nicht (Versuche bei Glück XIII S. 228. 229, neuestens bei Cohn Beiträge zur Bearbeitung des röm. R. II S. 22 fg., dawider Lenel Ed. perpetuum S. 262, bei Baron Abhandl. aus dem römischen Civilproz. I S. 258 Note 4, [bei Dernburg II § 139 Note 6]); ich sehe vielmehr in ihnen einen Ausdruck der Doppelnatur der condictio furtiva (§ 415 Note 4). Sie heben sich also gegenseitig auf, und wir müssen eine Entscheidung aus der Natur der Sache treffen. Diese Entscheidung kann aber nicht zweifelhaft sein. Der Entwendungsanspruch ist Delictsanspruch, und es ist ihm das Gewand des Bereicherungsanspruches nur „odio furum" angezogen worden (§ 425 Note 3); folglich darf aus der Condictionennatur desselben, wo die Quellen uns nicht nöthigen, keine dem Beschädigten ungünstige Consequenz gezogen werden. S. auch l. 20 D. de act. rer. amot. 25. 2. Vgl. Buchka und Budde Entscheidungen V S. 282—283 (Seuff. Arch. XX. 134). — Hehler? Vgl. Seuff. Arch. XVI S. 202 unt. 203, XXXI. 35.

[6] L. 1 C. h. t.

[7] Der Eigenthümer verliert den Anspruch durch Veräußerung der Sache, nicht durch sonstigen Verlust des Eigenthums. L. 10 § 2. 3 l. 11 l. 12 pr. § 1 l. 14 pr. D. h. t.

[8] Unmittelbar belegen läßt sich dieser Satz nur für den Pfandgläubiger, l. 12 § 2 D. de cond. furt. 13. 1, l. 22 pr. D. de pign. act. 13. 7, vgl. l. 17 § 3 l. 18 D. de act. rer. am. 25. 2. Aber ein Anspruch, welcher dem bloßen Besitzer zugestanden wird (Note 9), darf gewiß dem dinglich Berechtigten nicht vorenthalten werden. Vgl. auch Jhering Abhandlungen S. 132 fg., und speciell in Betreff des Pfandgläubigers Dernburg Pfandrecht II S. 397—400. [Vgl. noch Oertmann die fiducia S. 167 fg., der eine Interpolation in den Pandekten (pignus für fiducia) annimmt.] — Wenn es in l. 1 D. h. t. heißt: „In furtiva re soli domino condictio competit", so ist das im Gegensatz zur actio furti gesagt, welche Jedem zusteht, „cuius interest non subripi" (Note 14). S. l. 14 § 16 D. de furt. 47. 2.

[9] L. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 § 1 D. de furt. 47. 2. Gegen die Beschränkung auf den redlichen Besitzer s. Bruns Besitz S. 30. 31. Besitzklagen S. 208. Vgl. I § 161 Note 11. Die condictio, welche l. 77 [76] § 1 D. de furtis gegen den Entwender einer entwendeten Sache dem Eigenthümer gibt, ist die condictio rei, nicht possessionis.

[10] Also namentlich dem zur Retention Befugten; ferner dem Pächter und Nießbraucher im Falle der Entwendung ungetrennter Früchte.

[11] Die genannten Personen hatten nach römischem Recht die actio furti (Note 14) und in derselben einen Ersatz für die ihnen fehlende condictio furtiva (l. 14 § 16 cit., l. 12 § 5 D. de usufr. 7. 1). Da nach heutigem Recht die actio furti nicht mehr gilt (Note 16), so ist hier eine Lücke. Ich würde es aber kaum für gerechtfertigt halten, diese Lücke ohne Weiteres durch Gewährung der

spruch geht auf die Erben des Verpflichteten unbeschränkt über[12] und verjährt in der gewöhnlichen Zeit.

2. Außerdem entstand nach römischem Recht aus der Entwendung ein Strafanspruch[13] zu Gunsten des Beschädigten[14] auf das Doppelte, und wenn der Entwender bei der Entwendung ertappt worden war,

---

condictio furtiva auszufüllen, wenn wir nicht in dieser Beziehung in l. 22 § 4 C. de furt. 6. 2 einen Anhalt hätten. In dieser Stelle gibt Justinian dem Manne gegen die Frau für den Fall der Entwendung einer ihm von einem Dritten geliehenen Sache statt der nicht zulässigen actio furti (l. 1 D. de act. rer. am. 25. 2) die actio rerum amotarum, welche „condictio est", l. 26 D. eod. Vgl. auch l. 17 § 3 l. 18 D. de act. rer. am. 25. 2, und dazu Unterholzner § 329. e. Uebrigens ist die Frage nur die, ob der verantwortliche Besitzer die condictio furtiva ohne Weiteres hat; denn Cession kann er jedenfalls verlangen, wenn der Eigenthümer ihn bei seiner Verantwortlichkeit anfaßt (§ 264 Note 8). — Eine Ausnahme muß jedoch gemacht werden für die Fälle: a) wo dem Besitzer in fremdem Namen eine Arglist zur Last fällt; b) wo er zahlungsunfähig ist; c) wo er den Besitz nicht von dem Eigenthümer empfangen hat. Denn in diesen Fällen hatte er auch die actio furti nicht. L. 14 § 8. 9 D. de furt. 47. 2; l. 12 pr. eod., § 13 [15] I. de obl. quae ex del. 4. 1; l. 53 [52] § 3 l. 72 [71] § 1 D. de furt. 47. 2. — Das in dieser Note Gesagte ist nicht allgemein anerkannt. Vgl. Glück XIII S. 223. 225, Wächter a. a. O. Note 86, Sintenis § 109, Anm. 125. § 124 Note 3, Arndts § 333 a. E.

[12] S. § 359 Note 14.

[13] Actio furti. Vereinzelt wird dieser Ausdruck auch für den Ersatzanspruch aus der Entwendung gebraucht, so z. B. in l. 72 [71] pr. D. h. t. 47. 2.

[14] Die actio furti wird in den Quellen im Allgemeinen demjenigen gegeben „cuius interfuit non subripi", l. 10 l. 11 l. 12 § 2 D. h. t. 47. 2. Im Einzelnen: dem Eigenthümer, z. B. l. 81 [80] pr. § 1 D. h. t.; dem gutgläubigen Besitzer, § 15 I. h. t. 4. 1, l. 12 § 1 l. 20 § 1 l. 52 § 10 l. 54 [53] § 4 l. 75 [74] D. h. t.; dem Nießbraucher und dem Gebrauchsberechtigten, l. 15 § 1 l. 20 § 1 l. 46 § 1. 3 D. h. t.; dem Pfandgläubiger, § 12 [14] I. h. t. 4. 1, l. 12 § 2 l. 14 § 5—7 l. 15 pr. l. 19 § 5. 6 l. 46 § 4 l. 67 [66] pr. l. 88 [87] D. h. t.; dem Retentionsberechtigten, l. 54 [53] § 4 l. 60 [59] vgl. l. 14 § 1 D. h. t.; dem Pächter wegen seines Interesse am Genusse der Sache, l. 14 § 2 l. 26 § 1 l. 83 [82] § 1 vgl. l. 52 § 8 D. h. t.; dem an dem Inhalte eines Briefes (vermögensrechtlich) Interessirten, l. 14 § 17 D. h. t. Dem zur actio furti an und für sich Berechtigten steht aber dieselbe dann nicht zu, wenn er sich wegen der Entwendung an einen Dritten halten kann, und dieser zahlungsfähig ist; vielmehr hat in diesem Fall der Dritte selbst die actio furti, § 13—15 [15—17] I. h. t., l. 12 pr. l. 14 § 3. 10—12. 14—17 l. 52 § 9 l. 79 [78] D. h. t. Jedoch erleidet dieser letztere Satz wieder eine Ausnahme für den Fall, wo Jemand ohne Auftrag des Eigenthümers fremde Sachen in Händen hat; hier kann der Inhaber nur Cession der actio furti von dem Eigenthümer verlangen, wenn er von demselben wegen der Entwendung in Anspruch genommen wird. L. 54 [53] § 3 l. 86 [85] D. h. t. Eine fernere Ausnahme in l. 22 C. h. t. 6. 2, vgl. 14 [16] I. h. t. Nicht steht die actio furti demjenigen zu, „cuius non ex honesta causa interest", l. 11 l. 12 § 1 l. 14 § 3. 4. 8 l. 77 [76] § 1 D. h. t., vgl. l. 72 [71] § 1 eod.; aber auch nicht dem auf die Sache Forderungsberechtigten, welcher nur Abtretung der actio furti oder Herausgabe ihres Ertrages verlangen kann, l. 14 pr. § 1 l. 81 [80] pr. D. h. t., l. 67 [66] § 5 l. 86 [85] vgl. l. 13 eod.;

auf das Vierfache des Werthes der entwendeten Sache bez. des erlittenen Schadens[15]. Dieser Anspruch gilt heutzutage nicht mehr[16].

3. Besondere Fälle.

§ 454.

1. Raub[1]. In dem Raub ist eine Entwendung enthalten[2], und daher erzeugt er einen Ersatzanspruch nach den Grundsätzen derselben[3]. Er erzeugt aber auch als solcher einen besonderen Ersatzanspruch[4], welcher folgende Eigenthümlichkeiten hat[5]. a) Dieser Anspruch ist be-

---

ebensowenig dem Bürgen des für die Entwendung Haftenden, l. 14 § 10 l. 86 [85] D. h. t. Man sieht also, daß der Ausdruck der Quellen, die actio furti stehe demjenigen zu, „cuius interest", kein genauer ist. S. auch l. 49 § 1 eod. — Vgl. Hasse Culpa Kap. 10 und dazu Mommsen Beiträge III S. 383 fg.; ferner oben § 327 Note 12 und speciell über l. 72 [71] § 1 cit. die § 258 Note 1 Genannten. [Bruckner die Custodia S. 96 fg. 134 fg. 235 fg.: die actio furti hat derjenige, der „rem tenuit domini voluntate" (l. 86 [85] D. h. t.).]

[15] L. 50 pr. l. 81 [80] § 1 l. 68 [67] § 1. 2 D. h. t. 47. 2, l. 27 l. 32 pr. eod.; l. 46 § 1 eod.; l. 46 § 4 l. 88 [87] eod.; l. 75 [74] eod.

[16] S. § 326 Note 4 und StrGB. § 242—248. 289—291. 370 Ziff. 5. Nur beim Holzdiebstahl ist der genannte Anspruch principiell nicht ausgeschlossen. Einführungsgesetz zum StrGB. § 2 Absatz 2.

§ 454. [1] Inst. 4. 2 de vi bonorum raptorum. Dig. 47. 8 bonorum raptorum et de turba. Cod. 9. 33 vi bonorum raptorum. — Unterholzner II S. 724—726, Sintenis II S. 738.

[2] Pr. I. h. t., l. 2 § 10 D. h. t., l. 14 § 12 quod met. c. 4. 2, l. 81 [80] § 5 D. de furt. 47. 2, l. 48 § 7 l. 53 [52 § 30] l. 90 [89] eod. Wendt Faustrecht S. 15 bestreitet, daß immer im Raub ein furtum enthalten sei, mit Berufung auf l. 2 § 18 i. f. h. t. und l. 56 [55] D. de furt. 47. 2. Aber es ist nicht sicher, daß in der ersten Stelle das Vorhandensein eines furtum geleugnet werde. Auch sonst zeigen die Quellen Schwankungen in der Bestimmung des Begriffs des furtum. Vgl. l. 20 § 1 und l. 54 [53] § 4 de furt.

[3] L. 2 § 26. 27 D. h. t., l. 10 § 1 D. de cond. furt. 13. 1.

[4] Actio vi bonorum raptorum. Die actio vi bonorum raptorum ist übrigens eine actio mixta; sie fordert Ersatz und Strafe zugleich, und zwar eine Strafe des Dreifachen, so daß sie im Ganzen auf das Vierfache geht. Pr. I. h. t., l. 1 C. h. t., § 19 I. de act. 4. 6. Vgl. unten Note 9. — Die actio vi bonorum raptorum wurde in den Zeiten der bürgerlichen Kriege gegen Raub und Beschädigung hominibus armatis coactisque aufgestellt. In der Fassung des Prätorischen Edicts, wie sie in den Pandekten enthalten ist, sind die homines armati weggelassen (l. 1 pr. D. h. t.), und die Interpretation ließ auch das Erforderniß der homines coacti fallen, indem sie sich mit der bloßen Gewalt begnügte (l. 2 § 7 D. h. t., wo zu lesen ist: hoc enim quod ait: *hominibus coactis*, sic accipere debemus: *etiam hominibus coactis*, ut sive solus vim fecerit, sive etiam hominibus coactis *cett.*). Vgl. Savigny Zeitschr. f. gesch. RW. V S. 123 fg. und vermischte Schriften III S. 228 fg., Ph. Ed. Huschke in Im. G. Huschke Analecta lit. p. 76 sqq., Keller Semestria ad M. Tull. Cic. lib. III, neuestens M. Cohn zum römischen Vereinsrecht S. 187 fg.

[5] Im Uebrigen geht der Anspruch ebenfalls auf das gesammte Interesse l. 2

gründet, sobald der Beraubte nur irgend welches Interesse, wenn auch kein vermögensrechtliches, nachzuweisen vermag[6]. b) Es haftet auch der Anstifter[7]; dagegen c) der Erbe nur mit der für Delictsansprüche überhaupt geltenden Beschränkung[8]. d) Ausgeschlossen ist der Anspruch beim Raub einer eigenen Sache[9]. — Der Strafanspruch aus dem Raube, welchen das römische Recht außerdem gewährte (auf das Dreifache des Werthes des Geraubten[10]), gilt heutzutage nicht mehr[11].

2. Der Ersatzanspruch, welchen das römische Recht aus Raub und Diebstahl bei Brand, Gebäudeeinsturz oder Schiffbruch, so wie aus Raub durch oder bei Ueberfall eines Gebäudes oder Schiffes gewährt[12], hat das Besondere, daß er auch gegen den Hehler geht[13]. Nach römischem Recht hatte auch dieser Anspruch einen Strafzusatz (auf das Dreifache)[14].

3. Der Anspruch aus Raub und Diebstahl, welchen Pächter öffentlicher Einkünfte oder ihre Leute bei Ausübung ihres Geschäftes be-

---

§ 24 D. h. t. In Betreff von l. 2 § 13 D. h. t. vgl. l. 50 pr. l. 81 [80] § 1 l. 68 [67] § 1. 2 l. 27 l. 32 pr. D. de furt. 47. 2. Der Anspruch verjährt ebenfalls in der gewöhnlichen Zeit; nur in Betreff des Strafinhalts ist er auf einen annus utilis beschränkt. Pr. I. h. t., l. 2 § 13 D. h. t., l. 2—5 C. h. t. — Für antiquirt hält den Anspruch Brinz 2. Aufl. II § 339 Note 14a.

[6] So wird zu verstehen sein l. 2 § 23. 24 D. h. t. „Et generaliter dicendum est: ex quibus causis furti mihi actio competit in re clam acta, ex iisdem causis habere me hanc actionem (vgl. § 2 I. h. t.). Dicet aliquis: atquin ob rem depositam furti actionem non habemus (§ 15 [17] I. de obl. quae ex del. 4. 1, l. 14 § 3 D. furt. 47. 2). Sed ideo addidi: si intersit nostra, non esse raptam. Nam et furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromisi, vel pretium depositionis, non quasi mercedem, accepi. Utilius dicendum est, etsi cesset actio furti ob rem depositam, esse tamen vi bonorum raptorum actionem (vgl. l. 14 § 3 cit.: — „quid enim eius interest, si dolo careat"?), quia non minima differentia est inter eum, qui clam facit, et eum, qui rapit, cum ille celet suum delictum, hic publice et crimen etiam publicam admittat. Si quis igitur interesse sua vel modice docebit, debet habere vi bonorum raptorum actionem".

[7] L. 81 [80] § 4 D. de furt. 47. 2, l. 2 § 2—6 D. h. t. Vgl. § 11 i. f. I. de obl. quae ex del. 4. 1, l. 53 § 2 D. de V. S. 50. 16 und § 452 Note 5.

[8] S. § 359 Ziff. 2. Nach römischem Recht haftet der Erbe nicht einmal auf die Bereicherung, — „quia putavit (praetor) sufficere condictionem", l. 2 § 27 D. h. t.

[9] L. 2 § 18 D. h. t.

[10] S. Note 4 z. A. L. 2 § 13 D. h. t.

[11] S. § 326 Note 4 und StrGB. § 249 fg.

[12] Dig. 47. 9 de incendio ruina naufragio rate nave expugnata. Unterholzner II S. 690.

[13] L. 3 § 3. 4 D. h. t.

[14] L. 1 pr. D. h. t.

gehen[15], steigert sich, wenn nicht bis zum Urtheil freiwillige Restitution erfolgt, auf das Doppelte, jedoch nur dann, wenn binnen eines Jahres (tauglicher Zeit) geklagt wird. Da diese Steigerung als Proceßstrafe erscheint, so darf ihre Anwendbarkeit für das gegenwärtige gemeine Recht principiell nicht bestritten werden[15a].

4. Die Entwendung von Erbschaftssachen, welche der Erbe noch nicht in Besitz genommen hat, qualificirt das römische Recht nicht als Entwendung[16], sondern als besonderes Vergehen[17], und gewährt demzufolge aus derselben nicht den civilrechtlichen Ersatzanspruch[18]. Heutzutage wird die Entwendung von Erbschaftssachen der bezeichneten Art, insofern sie die Merkmale des Diebstahls an sich trägt, als solcher gestraft[19], und muß demnach auch civilrechtlich als Diebstahl behandelt werden. Abgesehen hiervon kann aus einer solchen Entwendung auch heutzutage Ersatz nach den Grundsätzen der Entwendung nicht begehrt werden[20].

5. Die Entwendung, welche an den in ein Schiff, eine Gast- oder

[15] L. 1 pr. — § 5 l. 4 pr. l. 5. 6. 13 D. de publicanis 39. 4. — Das römische Recht enthält für diesen Fall noch die fernere besondere Bestimmung, daß, wenn das Vergehen durch einen Sclaven begangen worden sei, der Zollpächter den Sclaven stellen müsse, widrigenfalls er ohne das Recht zur noxae datio hafte. L. 1 § 6 l. 2. 3 l. 12 D. tit. cit. Mit dieser Bestimmung verträgt sich nicht die Annahme, welcher man begegnet, daß der Zollpächter aus den Delicten seiner Leute unbedingt hafte. Vgl. von Wyß Haftung für fremde Culpa S. 62 fg., M. Cohn zum römischen Vereinsrecht S. 207 fg., Wäntig über die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen (1875) S. 58—61.

[15a] S. § 263 Note 12. 15.

[16] „Rei hereditariae furtum non fit", l. 6 D. expil. her. 47. 19, l. 2 § 1 eod., l. 14 § 14 D. de furt. 47. 2. Dieser Satz erklärt sich aus der bei nicht besessenen Erbschaftssachen zulässigen usucapio pro herede (Gai. II. 52—58). Diese ist zwar später aufgehoben worden (Gai. II. 57); aber nichtsdestoweniger hat man jenen Satz festgehalten. Eine andere Herleitung desselben in l. 1 § 15 D. si is qui test. 47. 4. S. hierüber wie über das Folgende: Wächter Lehrb. des Strafr. II § 197 Note 98 und Rechtslex. (§ 452 Note *) S. 383—385, Arndts Rhein. Mus. II S. 132, Unterholzner Verjährungslehre I S. 209—212, Schirmer röm. Erbrecht S. 20—21, Unger österr. Erbrecht § 7 Note 15.

[17] Crimen expilatae hereditatis. Dig. 47. 19 expilatae hereditatis. Cod. 9. 32 de crimine expilatae hereditatis.

[18] Es verweist auf rei vindicatio, actio ad exhibendum, hereditatis petitio, actio familiae erciscundae. Außerdem konnte auch auf dem Wege der accusatio Ersatz erlangt werden. L. 2 § 1 l. 3 D. l. 4 C. h. t., l. 3 C. fam. erc. 3. 36, l. 6 C. l. 4 D. h. t.

[19] Vgl. Wächter Lehrb. II S. 332 und Rechtslex. S. 422.

[20] Sondern nur, abgesehen von den aus dem verletzten Recht zustehenden Rechtsmitteln (Note 18), nach den Grundsätzen der Arglist (§ 451). Daß die actio doli in den Quellen nicht ausdrücklich genannt wird, ist nur Zufall. Wenn Arndts § 323 Anm. 4 ganz allgemein sagt: „Nach heutigem Recht ist auch diese Besonderheit von keiner Bedeutung mehr", so geht er damit m. E. zu weit.

Stallwirthschaft eingebrachten Sachen von Leuten des Schiffers, Gast- oder Stallwirthes begangen wird, hat das Besondere, daß aus derselben auch der Principal in Anspruch genommen werden kann[21]. Nach römischem Recht ging dieser Anspruch auf das Doppelte[22].

6. Was das römische Recht Besonderes über den Fall der Entwendung zwischen Ehegatten mit Rücksicht auf eine beabsichtigte und wirklich vollzogene Ehescheidung enthält[23], ist heutzutage unpraktisch[24].

---

[21] Dig. 47. 5 furti adversus nautas caupones stabularios. L. 6. 7 D. nautae caupones stabularii ut recepta restituant 4. 9, l. 5 § 6 D. de O. et A. 44. 7, § 3 I. de obl. quae quasi ex del. 4. 5. Dieser Anspruch setzt, anders als die actio de recepto (§ 384), Uebernahme der entwendeten Sachen durch den Schiffer ꝛc. nicht voraus. Unterholzner II § 696, v. Wyß Haftung für fremde Culpa S. 57 fg., Goldschmidt Zeitschr. für Handelsr. III S. 67 fg., Weis Arch. f. prakt. RW. N. F. V S. 282 fg. 315. 374. 385, Wäntig über die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen (1875) S. 51—58, Pernice Labeo II S. 249. Was für die Leute des Gastwirths, gilt auch für diejenigen, welche in dem Gasthofe bleibend wohnen, l. 1 § 6 D. h. t., l. 6 § 3 D. nautae 4. 9. Vgl. Gimmerthal Arch. f. prakt. RW. N. F. II S. 112 fg.

[22] L. 7 § 1 D. nautae 4. 9, l. 1 § 2 D. furti 47. 5.

[23] Dig. 25. 2 de actione rerum amotarum. Cod. 5. 21 rerum amotarum.

[24] Für diesen Fall ist eine besondere Ersatzklage aufgestellt, die actio rerum amotarum, vgl. l. 1 D. h. t., l. 22 § 4 C. de furt. 6. 2; l. 17 pr. D. l. 2 C. h. t.; l. 11 l. 17 § 1 l. 19 l. 21 pr. D. h. t.; l. 6 § 5 l. 22 § 1 D. h. t. Dieselbe wird aber durch die condictio furtiva, welche neben ihr stattfindet (l. 24 l. 17 § 2 D. h. t.), absorbirt. Denn die actio rerum amotarum gewährt kein größeres Maß von Recht, als die condictio furtiva. S. l. 26 D. h. t.; l. 21 § 3. 4 l. 17 § 2 l. 3 § 3 l. 29 D. h. t.; l. 21 § 5 D. h. t.; l. 20 D. h. t. in Verbindung mit § 453 Note 5; l. 19 D. h. t. handelt nicht von Anstiftung, sondern von Entwendung durch Benützung der Thätigkeit eines Andern, vgl. l. 21 § 1 D. h. t. Umgekehrt wird die actio rerum amotarum in einer Stelle gegen die Erben auf die Bereicherung beschränkt (l. 3 C. h. t., im Widerspruch mit l. 6 § 4 D. h. t., Vereinigungsversuche bei Glück XXVIII S. 16 fg., vgl. Francke Beiträge S. 38. 39). — Es wird kaum etwas Anderes übrig bleiben, als anzunehmen, daß die actio rerum amotarum ihre Entstehung einer Zeit verdanke, in welcher die condictio als Mittel, Schadensersatz aus der Entwendung zu erlangen, noch nicht anerkannt war. Darüber, daß die condictio furtiva auch in anderen Fällen der Entwendung zwischen Ehegatten, als dem im Text bezeichneten, und auch während bestehender Ehe, zulässig ist, s. l. 3 § 2 l. 6 § 5 l. 25 D. h. t. — Abweichend Brinz 1. Aufl. S. 1303 und Baron Abhandl. aus dem röm. Civilproz. I S. 255 fg. Dieselben behaupten, wegen Entwendungen während bestehender Ehe sei nach römischem Recht, abgesehen von dem Falle der actio rerum amotarum, nur die gewöhnliche condictio sine causa (ex iniusta causa), nicht die condictio furtiva zulässig gewesen, woraus sich dann freilich für die heutige Anwendbarkeit der actio rerum amotarum ein Gebiet ergeben würde. Ich glaube nicht, daß der Nachweis der bezeichneten Behauptung gelungen ist. Brinz fügt sogar hinzu: die condictio furtiva sei auch zwischen Ehegatten unzulässig gewesen; aber diese Behauptung jedenfalls wird durch l. 3 § 2 D. h. t. widerlegt. In der 2. Aufl. II S. 805 beruft sich Brinz für die heutige Anwendbarkeit der actio rerum amotarum auf l. 19 § 2 D. h. t., in

C. Beschädigung.

1. Das Aquilische Gesetz und seine Erweiterungen*.

§ 455.

1. Das Aquilische Gesetz[1] und seine Erweiterungen beziehen sich auf Schadenszufügung an körperlichen Sachen. Das Aquilische Gesetz selbst nannte nur bestimmte Fälle der Verletzung der Integrität einer körperlichen Sache durch unmittelbare Einwirkung auf dieselbe[2]; seine Bestimmungen sind aber ausgedehnt worden[3] auf jede Verletzung der

---

welcher ich nur eine Anwendung des gemeinen Rechts des furtum sehe. — Für die heutige Anwendbarkeit auch Sintenis III § 132 Anm. 1.

* Inst. 4. 3 de lege Aquilia. Dig. 9. 2 ad legem Aquiliam. Cod. 3. 35 de lege Aquilia. — A. Pernice zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht (1867). (Darüber Exner krit. VJSchr. XI S. 312 fg.). v. Löhr Theorie der Culpa S. 81 fg. Hasse die Culpa des römischen Rechts S. 17—72. Hefke Arch. für prakt. RW. N. F. XIV S. 213 fg. 321 fg. 373 fg. (1885. 1886). Glück X S. 306 fg.; Unterholzner II S. 690—703. Sintenis II S. 760—764, Vangerow III § 681 Anm. 1—3, Brinz 2. Aufl. II § 340. Lehrzwecke verfolgt E. Grueber the roman law of damage to property (Commentar des Pandektentitels, verbunden mit einer systematischen Darstellung). Oxford 1886. [Darüber Waßerrab krit. VJSchr. XXVIII S. 426 fg., Hofmann Grünhut's Zeitschr. XIV S. 158 fg.]

§ 455. [1] Lex Aquilia. Ein Plebiscit eines Tribunen Aquilius, l. 1 § 1 D. h. t. Das Gesetz ist älter als das 7. Jahrhundert der Stadt; im Uebrigen ist die Zeit desselben ungewiß. Rudorff röm. Rechtsgeschichte I § 41 Note 3, Pernice S. 15 fg. Neuestens E. Sell, die actio de rupitiis sarciendis der XII Taf., Bonn 1877 (für das Jahr 467 d. St.).

[2] Die lex Aquilia bestimmte in ihrem caput primum (l. 2 pr. D. h. t., pr. I. h. t.) über Tödtung eines Sclaven und eines pecus. Ueber den letzteren Begriff s. l. 2 § 2 D. h. t.: — „servis . . exaequat quadrupedes, quae pecudum numero sunt et gregatim habentur"; ferner § 1 I. h. t., l. 65 § 4 D. de leg. III° 32, Paul. sentent. III. 6 § 73, nach welchen Stellen zu den pecudes im Einzelnen gezählt werden: Schafe, Ziegen, Rinder, Pferde, Esel, Maulesel, Schweine, auch Kameele und Elephanten, nicht aber Hunde. In ihrem caput tertium (l. 27 § 5 D. h. t., § 13 I. h. t.) bestimmte die lex Aquilia über jede andere Beschädigung (einschließlich der Vernichtung) einer körperlichen Sache durch urere, frangere, rumpere. — Der Inhalt des caput secundum, von welchem die Institutionen lakonisch sagen: „in usu non est", erhellt aus Gai. III. 215. Vgl. Rudorff röm. Rechtsgesch. I S. 99. In Betreff der früheren Versuche, den Inhalt dieses caput secundum zu bestimmen, s. die Citate bei Vangerow III S. 598 (7. Aufl. S. 577) Nr. 2.

[3] Das formale Mittel dieser Ausdehnung war die Gewährung einer utilis actio legis Aquiliae oder einer actio in factum. Ein materieller Unterschied zwischen diesen beiden Klagformen ist nicht ersichtlich. Savigny Syst. V S. 95. 96, Vangerow III § 681 Anm. 1 Nr. II a. E., Pernice S. 157 fg., Lenel Ed. perpetuum S. 159 fg. [Dernburg II § 131 Note 4.] Uebrigens glaubte man in manchen und wichtigen Ausdehnungsfällen auch mit einer actio directa legis Aquiliae ausreichen zu können. Denn eine althergebrachte Interpretation

Integrität einer körperlichen Sache[4], wenn auch nicht durch unmittelbare Einwirkung[5], ja sogar auf Schadenszufügung an körperlichen Sachen ohne Verletzung ihrer Integrität[6]. Sie sind ferner ausgedehnt worden auf die Verletzung freier Menschen[7].

2. Die Beschädigung muß durch ein positives Thun herbeigeführt worden sein[8]; eine Unterlassung verpflichtet nur insofern, als das Thun durch eine vorhergehende oder begleitende Thätigkeit geboten war[9].

---

faßte das „rumpere" des caput tertium in dem Sinne von „corrumpere". L. 27 § 13 sqq. D. h. t., § 13 I. h. t., namentlich l. 27 § 20. 21 D. h. t. vgl. mit § 14 eod.

[4] Vgl. z. B. § 13 I. h. t., l. 27 § 15. 18. 19. 22. 25 D. h. t.

[5] L. 7 § 3. 6 l. 9 pr. § 1. 2. 3 l. 11 § 1. 5 l. 27 § 35 l. 29 § 5. 7 l. 30 § 3 l. 53 D. h. t., l. 6 C. h. t., § 16 I. h. t., l. 3 § 1 l. 4 D. de serv. corr. 11. 3. l. 13 pr. D. loc. 19. 2, l. 14 § 1 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 51 D. de furt. 47. 2. l. 2 § 20 D. vi bon. rapt. 47. 8. Vgl. Unterholzner § 674. c, Vangerow § 681 Anm. 1 Nr. II. 2, Pernice S. 144 fg., Hefke S. 323 fg. Ueber l. 57 D. loc. 19. 2 (vgl. l. 18 D. de S. P. U. 8. 2, l. 30 § 3 D. h. t.) s. Löhr S. 158 fg., Hasse S. 30 Note 2, Zimmern Noxalklagen S. 2 fg., Reinhardt Arch. für civ. Pr. XXX S. 224 Note 26, Pernice S. 176 fg., Hefke S. 336 fg.

[6] L. 27 § 21 D. h. t., § 16 i. f. I. h. t., l. 7 § 7 D. de dolo malo 4. 3, l. 14 § 2 l. 23 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 55 D. de A. R. D. 41. 1, l. 50 § 4 D. de furt. 47. 2; l. 30 § 2 D. h. t.; l. 27 § 14 vgl. § 20 D. h. t.; l. 27 D. de pign. 20. 1. S. auch Seuff. Arch. XVI. 114, XXIII. 246, XXXI. 35. — Weiter, d. h. über das Moment der Schadenszufügung an einer körperlichen Sache hinaus, wie Manche auf Grund von § 16 I. h. t. und l. 33 § 1 D. h. t. behauptet haben, ist man aber nicht gegangen. Vgl. § 451 Note 1. [Das Reichsgericht hat neuestens entschieden (Entsch. XXII S. 208, Seuff. Arch. XLIV. 81), daß die erweiterte actio legis Aquiliae auch dann stattfinde, wenn die Verfügung über eine körperliche Sache nur zeitweilig entzogen und dadurch Schaden verursacht worden sei. (In dem entschiedenen Fall war auf Grund einer falschen Anzeige wegen Patentverletzung das Waarenlager des Klägers unter Verschluß gelegt worden.)]

[7] L. 13 pr. l. 5 § 3 l. 6. 7 D. h. t.

[8] L. 13 § 2 D. de usufr. 7. 1.

[9] L. 8 pr. l. 27 § 9 l. 31 D. h. t., § 5. 6 I. h. t.. Coll. XII. 7 § 7. Vgl. Wäntig über die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen (1875) S. 8 fg. 37 fg., Brinz S. 809, Hefke a. a. O. S. 241 fg. A. M. Busch Arch. f. civ. Pr. XLV S. 139 fg., welcher behauptet, die Unterlassung verpflichte schon dann zum Schadensersatz, wenn das Thun durch „Gesetz oder Vertrag" geboten gewesen sei; ferner Pernice S. 164, welcher die Unterlassungen den Handlungen ganz gleich stellt, und nur darauf gesehen wissen will, ob wirklich in der Unterlassung eine Schuld lag. Ich glaube nicht, daß es diesen Schriftstellern gelungen ist, l. 13 § 2 D. de usufr. (Note 8) zu beseitigen, während mir l. 27 § 9 h. t. mit der hier vertretenen Meinung weniger schwer vereinbar scheint. Keine Beweiskraft gegen dieselbe haben l. 44. 45 pr. D. h. t.; denn s. l. 2—5 D. de nox. act. 9. 4. — Die Unvereinbarkeit der l. 13 § 2 cit. mit seiner Ansicht gibt jetzt Pernice Labeo II S. 56 zu, während er an dieser

3. Aus einer beschädigenden Handlung der bezeichneten Art entsteht ein Schadensersatzanspruch, wenn sie widerrechtlich war[10]. Zur Widerrechtlichkeit gehört: a) daß der Beschädigende kein Recht zur Beschädigung habe[11]; b) daß ihm die Beschädigung zur Schuld angerechnet werden könne. Schuld ist hier schon Nachlässigkeit; Arglist wird nicht erfordert[12]. Durch einen entschuldbaren Irrthum, kraft

---

Ansicht für das Justinianische und heutige Recht festhält. [Für die weiter gehende Meinung auch Dernburg II § 131 Note 11.] Für dieselbe auch, zwar nicht übereinstimmend doch überwiegend, die Praxis. Seuff. Arch. III. 55, IV. 96, X. 164. 165, XIII. 28, XV. 129, XVI. 220, XXV. 128, XXIX. 237, XXXI. 37. 229, XXXII. 238, XXXV. 25, XLV. 90. Budde und Schmidt Entscheid. des OAG. zu Rostock VI S. 254 fg. — Deutsches Recht: Stobbe III § 200 Nr. 2. — Ueber „die s. g. Kommissivdelicte durch Unterlassung" im Allgemeinen vgl. Binding Normen II S. 206 fg.

[10] Damnum iniuria datum. Das Wort iniuria war von der lex Aquilia selbst gebraucht. Pernice S. 26 fg.

[11] L. 151 D. de R. I. 50. 17. „Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet". L. 55 l. 155 § 1 D. eod. Vgl. I § 121 Note 2. Beispiele berechtigter Schadenszufügung: die Beschädigung wird zugefügt auf Grund einer zuständigen obrigkeitlichen Gewalt, l. 29 § 7 D. h. t., l. 13 D. de per. et comm. 18. 6; auf Grund eines Züchtigungsrechts, l. 5 § 3 D. h. t.; in Selbstvertheidigung, l. 4 l. 5 pr. l. 45 § 4 l. 52 § 1 D. h. t., § 2 I. h. t.; l. 29 § 1 D. h. t.; um Schaden von sich selbst abzuwehren (im Fall eines Nothstandes), l. 29 § 3 l. 49 § 1 D. h. t., l. 3 § 7 D. de incend. 47. 9, l. 14 pr. D. de praescr. verb. 19. 5, vgl. l. 7 § 4 D. quod vi aut cl. 43. 24, s. noch l. 30 pr. D. h. t. Pernice S. 34 fg., vgl. auch dens. Labeo II S. 10 fg., ferner Lehmann Jahrb. f. Dogm. XIII S. 218 fg. [v. Tuhr der Nothstand im Civilrecht (1888) S. 120 fg., Wendt Pand. S. 191.] Seuff. Arch. IV. 34, XIII. 30, XVII. 41, XXIII. 229, XXVII. 202 [XLII. 295, XLIII. 190. Entsch. d. RG. V S. 160.] Vgl. Seuff. Arch. XXII. 144. Einwilligung des Eigenthümers: Hesse S. 349 fg.

[12] L. 5 § 1 l. 31 l. 44 pr. D. h. t., § 3. 14 I. h. t. L. 31 cit.: — „culpam autem esse, quod, cum a diligente provideri potuerit, non esset provisum". L. 44 pr. cit. „In lege Aquilia et levissima culpa venit". Unterholzner II S. 697.: „Das Aquilische Gesetz kommt . . . zur Anwendung, wenn man es an der von einem ordentlichen Mann zu erwartenden Bedachtsamkeit hat fehlen lassen: gesetzt auch, daß noch so wenig daran gefehlt hätte". Hasse S. 63 fg.; Pernice S. 46 fg. [Wasserrab (Note *) S. 431, gegen Grueber a. a. O. S. 226 fg.] — Einzelnes: l. 7 § 2. 4 l. 9 § 4 l. 10 l. 11 pr. l. 27 § 33 l. 30 § 3 l. 31 l. 52 § 4 D. h. t., § 4—6 I. h. t.; l. 7 § 8 l. 27 § 9 D. h. t., § 7. 8 I. h. t., l. 1 § 5 D. si quadrup. 9. 1, l. 132 D. de R. I. 50. 17. Seuff. Arch. IV. 48, VII. 320, XVII. 41, XXVI. 132, XXXIII. 130, [XLI. 271]. Verschulden durch Mangel an Sorgfalt bei der Auswahl oder bei der Beaufsichtigung von Anderen (namentlich bei der Beaufsichtigung von Kindern und Untergebenen): l. 27 § 11 D. h. t. Seuff. Arch. VII. 318, XXXII. 238, XXXV. 204. Vgl. Wäntig über die Haftung wegen fremder unerlaubter Handlungen (1875) S. 41—46, Mandry Familiengüterrecht II S. 620 fg., auch unten Note 27 a. — Dadurch, daß der Beschädigende zu dem Beschädigten in einem besonderen Rechtsverhältniß steht, welches ihn nur zur Verhaftung wegen Arglist verpflichtet, hört er nicht auf, aus der Beschädigung als solcher auch wegen Nach-

dessen der Beschädigende sich in dem Glauben befand, er dürfe die Beschädigung vornehmen, wird die Schuld ausgeschlossen[13].

4. Der Anspruch steht zu: dem Eigenthümer[14], dem an der Sache sonst dinglich Berechtigten[15], dem gutgläubigen Besitzer[16], dem obligatorisch zum Fruchtgenuß Berechtigten, wenn ungetrennte Früchte beschädigt worden sind[17], dem Nichteigenthümer auch gegen den Eigenthümer selbst[18].

5. Der Anspruch geht auf Leistung des gesammten Interesse[19].

---

lässigkeit zu haften. Vgl. l. 13 pr. D. de lib. causa 40. 12, l. 1 § 2 D. si is qui test. 47. 4, auch l. 5 § 3 i. f. D. h. t. Jedoch sind Viele in dieser Beziehung anderer Meinung; s. darüber Vangerow III § 681 Anm. 3 Nr. II, Holzschuher III § 326 Nr. 5, Pernice S. 78 fg. Labeo II S. 371. Vgl. Seuff. Arch. XXXI. 141. — Den Beweis der Verschuldung muß, sofern dieselbe nicht aus den Umständen erhellt, der Kläger führen. Weber Beweisführung § 21, Wächter Württemberg. Privatr. II § 113. I, Busch Arch. für civ. Pr. XLV S. 148 fg., Pernice S. 230 fg. [A. M. Fitting die Grundlagen der Beweislast S. 71.] Entscheid d. RG. X S. 140 (Seuff. Arch. XXXIX. 104), vgl. übrigens auch Seuff. Arch. VII. 320, XVI. 113.

13 Namentlich also dadurch, daß der Beschädigende sich kraft eines solchen Irrthums für den Eigenthümer hielt oder eine entgegenstehende Berechtigung eines Andern an der Sache nicht kannte. Stölzel Arch. für civ. Pr. XXXIX S. 67—69, Pernice S. 194 fg. [A. M. Henrici Gruchot's Beiträge XXXII S. 176. 181.] Seuff. Arch. XXXII. 237.

14 L. 2 pr. l. 27 § 5 D. h. t., l. 11 § 6 l. 13 pr. l. 43 D. h. t. Die lex Aquilia nannte bloß den „dominus"; allen anderen Personen konnte daher nur eine utilis legis Aquilia actio oder eine actio in factum gegeben werden. Vgl. Pernice S. 183 fg.

15 L. 11 § 10 l. 12 l. 17 l. 30 § 1 D. h. t., l. 17 § 3 D. de usufr. 7. 1; l. 27 D. de pign. 20. 1, l. 5 § 2 (vgl. l. 1) D. arb. furt. caes. 47. 7. Ihering Abhandlungen S. 129. 130. 138 fg., Pernice S. 198 fg. [Grueber Arch. f. civ. Pr. LXXV S. 393 fg.]

16 L. 11 § 8 l. 17 D. h. t.

17 L. 27 § 14 D. h. t. Nicht aber dem sonst obligatorisch Berechtigten, l. 11 § 9 D. h. t., l. 18 § 5 D. de dolo 4. 3, l. 13 § 12 D. de A. E. V. 19. 1. Hasse S. 244 Note 1, Vangerow § 681 Anm. 1 Nr. II. 1 a. E., Pernice S. 206 fg. [Weiter geht Dernburg II § 131 Note 15.] Entscheidungen des RG. IX S. 163. [Vgl. Seuff. Arch. XXX. 146, XLIII. 189.]

18 L. 12 l. 17 pr. D. h. t. Pernice S. 196—198.

19 L. 21 § 2 l. 22 l. 23 pr. § 2. 4 l. 33 pr. i. f. l. 37 § 1 l. 55 D. h. t., § 10 I. h. t. Pernice S. 238 fg. Ersatz von entbehrtem Gewinn: § 258 Note 16. Ersatz von Schaden, welcher von dem Beschädigten hätte abgewendet werden können: das. Note 17. 18. Speciell über den Inhalt des Anspruchs des Pfandgläubigers: Stölzel Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 47 fg., Schmid Cession I S. 172 fg., Dernburg Pfandr. II S. 402 fg., Pernice S. 200 fg., Eisele Arch. f. civ. Pr. XL S. 73, — über den Inhalt des Anspruchs des redlichen Besitzers: v. Madai Arch. f. civ. Pr. XXVI S. 219 fg., Ihering Abhandlungen S. 112 fg., Mommsen Beiträge II S. 242 fg., Windscheid Heid. krit. Zeitschr. II S. 560, Stölzel a. a. O. S. 68 Note 69, Pernice S. 191 fg., Eisele Arch. f. civ. Pr. LXVII S. 41 fg. Verletzung eines freien Menschen: l. 13 pr.

Bei der Berechnung des Werthes der beschädigten Sache durfte nach römischem Recht auf eine gewisse Zeit vor der Beschädigung zurückgegriffen werden: wenn ein zur Klasse des Heerdenviehes gehöriges Stück Vieh getödtet worden war, auf ein Jahr[20], bei jeder anderen Beschädigung auf einen Monat[21]. Diese Art der Werthberechnung, welche eine Strafe für den Thäter enthält[22], gilt eben deßwegen seit dem Reichsstrafgesetzbuch nicht mehr[23]. Dagegen darf die heutige Gel-

---

l. 5 § 3 l. 6. 7 D. h. t.; Holzschuher III § 326 Nr. 4. b, Stobbe III S. 415 fg., Buengner zur Theorie und Praxis der Alimentationspflicht (1879) S. 9 fg.; Seuff. Arch. IV. 227, VIII. 222, IX. 111, XIII. 29. 215, XIV. 235, XVIII. 42, XXXI. 230 Nr. 3. Steht auch der Wittwe und den Kindern des Getödteten (überhaupt den ihm gegenüber Alimentationsberechtigten) ein Ersatzanspruch zu? Theoretisch läßt sich derselbe gewiß nicht rechtfertigen; aber es läßt sich eine anerkennende gemeinrechtliche Praxis nicht bezweifeln. S. die bei Glück X S. 342 Note 13 Citirten, ferner Seuffert II § 402 a. E., Sintenis II § 125 Note 21, Stobbe III S. 410, Buengner a. a. O. S. 16 fg., und Seuff. Arch. XI. 44, XIII. 144, XXIX. 137, XXX. 145. 146, XXXI. 36, XXXIX. 301, [XLIII. 21]. Für diese Praxis hat sich auch das RG. ausgesprochen, Entscheidungen I S. 320, III S. 319, VII S. 139, X S. 133 (= Seuff. Arch. XXXVI. 198, XXXVIII. 24, XXXIX. 105), [vgl. XXI S. 172 (= Seuff. Arch. XLIV. 98), XXIII S. 158]. Reichsgesetz vom 7. Juni 1871 § 3 Nr. 1. Eine besondere Gestalt hat die Entschädigung wegen Körperverletzung in der „Buße" des StrGB. (§ 231) angenommen. Vgl. § 326 Note 11. Im Allgemeinen: v. Weinrich die Haftpflicht wegen Körperverletzung und Töbtung eines Menschen nach den im Deutschen Reich geltenden Rechten (1883).

[20] L. 2 pr. l. 21 pr. § 1 l. 23 § 2. 3. 5. 6, 7 l. 51 § 2 l. 55 D. h. t., § 9 I. h. t., § 19 I. de act. 4. 6. Vgl. Note 2.

[21] L. 27 § 5 l. 29 § 8 D. h. t., § 15 I. h. t. (Gai. III. 218).

[22] § 9 I. h. t.: „Qua ratione creditum est, poenalem esse huius legis actionem, quia non solum tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris". S. auch § 19 I. de act. 4. 6, l. 11 § 2 D. h. t. Die actio legis Aquiliae ist freilich actio poenalis auch schon deßwegen, weil sie Delictsklage ist, vgl. l. 23 § 8 D. h. t., oben § 326 Note 10 und Pernice S. 116 fg.

[23] S. § 326 Note 4. Das StrGB. ordnet die „Materie" der Sachbeschädigung in den §§ 303—305, straft aber (hier, vgl. § 309. 314. 316. 318. 326) nur die vorsätzliche Sachbeschädigung. — Uebrigens war auch vor dem StrGB. die Geltung der römischen Bestimmung außerordentlich bestritten, und wurde selbst von solchen Schriftstellern in Abrede gestellt, welche sonst die römischen Privatstrafen im Princip nicht als aufgehoben betrachteten, so namentlich von Brunnemann (ad. l. 27 h. t. n. 9, anders freilich Paratitl. Wesenbec. h. t. qu. 9), von Schilter (exerc. 19 § 61), von Stryk (ad. h. t. § 2). S. ferner die bei Glück X S. 383 Note 43 Citirten und das Urtheil des OAG. zu Dresden bei Kritz Rechtsfälle III S. 222 fg. (Seuff. Arch. I. 66); Thibaut § 622, Seuffert § 422, Sintenis § 125 Note 17. Bei Puchta (§ 388 g) findet sich die Behauptung, daß von den römischen Bestimmungen „jedenfalls" heutzutage noch die Anwendung zu machen sei, daß der Kläger den Beweis des Werthes nicht auf den Zeitpunkt der Beschäftigung zu richten brauche, und dafür hat sich auch Arndts § 324 vor Note 1 ausgesprochen; wäre diese Meinung richtig, so

tung der nach römischem Recht durch die Ableugnung der Beschädigung ferner eintretenden Steigerung des Anspruchs auf das Doppelte[24] principiell nicht bestritten werden, obgleich dieselbe nicht mehr in lebendigem Gebrauch ist[25].

6. Ist die Beschädigung von Mehreren verübt worden, so haften alle solidarisch[26]. Wie der Beschädiger haftet auch derjenige, der ihn zur Beschädigung bestimmt hat[27]; nicht aber haftet derjenige, der einen Andern zu einer nicht beschädigenden Handlung bestimmt hat, wenn dieser bei Ausführung der Handlung schuldhaft Schaden anrichtet[27a]. Die Erben haften der Regel gemäß auf den Bestand der Erbschaft[28]; auch die Verjährungszeit ist die regelmäßige.

---

könnte man daran denken, sie auch nach dem StrGB. noch zur Geltung zu bringen. Ich weiß aber nicht, wie dieselbe gerechtfertigt werden soll. Vgl. übrigens: a) Jhering Geist des röm. R. II. S. 350 (1. Aufl.); b) oben § 258 Note 20. 21.

[24] S. § 263 Note 3.

[25] S. § 263 Note 15. Daß in der Praxis auf das Doppelte nicht mehr gesprochen werde, erkennen an Schilter (exerc. 19 th. 65) und Stryk (ad. h. t. § 20), der Erste halb widerwillig, der Letztere tadelnd, vgl. ad. tit. Dig. XLIV. 7 § 5.

[26] S. § 298 Note 15. Vgl. Seuff. Arch. I. 66. Nach römischem Rechte haftete wegen der Strafnatur der Klage jeder Beschädigte auf das Ganze. L. 11 § 2 D. h. t.: — „nam ex lege Aquilia, quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena". Dieß gilt heutzutage nicht mehr.

[27] Vgl. l. 4 § 4–6 vi bon. rapt. 47. 8, l. 7 § 4 D. arb. furt. caes. 47. 7, l. 7 § 5 D. de iurisd. 2. 1, l. 5 § 14 l. 6 D. quod vi aut cl. 43. 24, l. 1 § 12. 13. 15 D. de vi 43. 16, l. 11 § 3–6 D. de iniur. 47. 10. S. auch l. 169 pr. D. de R. I. 50. 17. Wenn es in l. 37 D. h. t. heißt: „Liber homo si iussu alterius manu iniuriam dedit, actio legis Aquiliae cum eo est, qui iussit, si modo ius imperandi habuit. Quod si non habuit, cum eo agendum est, qui fecit", so ist das nicht dahin zu verstehen, daß der iubens nur im ersten Fall hafte, sondern dahin, daß er nur im ersten Fall allein (der Beschädiger nicht) haftet. S. auch l. 44 § 1 l. 45 pr. D. h. t. (dazu Note 9 a. E. und Seuff. Arch. XVI. 220). Wäntig über die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen (1875) S. 25 fg. A. M. Heffke S. 344 fg. Seuff. Arch. XV. 130, XXXIX. 105 (Entsch. d. RG. X S. 132).

[27a] Er haftet nur, wenn ihn eine eigene culpa trifft, in der Auswahl, oder in der Beaufsichtigung, oder er hat etwa zum Zweck der Ausführung der betreffenden Thätigkeit fehlerhafte Werkzeuge gestellt. Seuff. Arch. XIII. 140, XIV. 35, XV. 26, XVII. 34 (anders X. 164 und XIV. 208, vgl. aber I § 160 Note 10). Budde und Schmidt Entscheid. des OAG. zu Rostock VI S. 255. Vgl. Wäntig a. a. O. S. 32 fg. Daß er auch dann haftet, wenn der Schaden durch eine von dem Beauftragten oder Bediensteten gefertigte Arbeit angerichtet worden ist und er diese Arbeit sich als die seinige angeeignet hat, versteht sich von selbst (Seuff. Arch. IV. 119, VIII. 53, XIV. 36; auch VII. 150 gehört wohl hierher, obgleich dieses Erkenntniß im Ausdruck weiter geht). Ausnahme § 457 Ziff. 2. Vgl. auch Seuff. Arch. XXXIV. 212.

[28] Nach römischem Recht auf die Bereicherung, l. 23 § 8 D. h. t., § 9 I. h. t. S. § 359 Note 15. 16.

7. Bei der Verletzung eines freien Menschen kann nach heutigem Recht außer dem Ersatz des Vermögensinteresse ein s. g. Schmerzensgeld[29] gefordert werden[30]. Das Schmerzensgeld ist nicht Strafe, sondern Entschädigung[31]. Deßwegen besteht es a) nach dem Reichsstrafgesetzbuch, welches das Schmerzensgeld nicht erwähnt, fort[32]; kann es b) gefordert werden auch wegen bloß fahrlässiger Körperverletzung, und haften c) mehrere Thäter nur solidarisch, nicht Jeder auf das

[29] Seitz Untersuchungen über die heutige Schmerzensgeldklage (1860). Wächter die Buße bei Beleidigungen und Körperverletzungen nach heutigem gemeinen Rechte S. 72—86 (1874). S. auch Gensler Arch. f. civ. Pr. I S. 146—155 (1820). Stobbe III S. 416 fg. Mandry S. 254 (3. Aufl. S. 226, wo Z. 14 ein wesentlicher Druckfehler der 2. Aufl. verbessert ist).

[30] Dieser Satz beruht auf der Praxis, welche in der P. G. O. Art. 20. 21 einen Anhalt gefunden hat. (Es heißt hier, daß der Richter, welcher Jemanden ohne genügende Anzeige foltere, schuldig sei, dem Gefolterten „seine schmach, schmerzen, kosten und schaden der gebühre ergetzung zu thun".) Doch ist die gemeinrechtliche Geltung des Schmerzensgeldanspruches nicht unbestritten. Gegen dieselbe haben sich erklärt die bei Glück X S. 388 Note 61 und bei Wächter Lehrb. des Strafr. II S. 183 Genannten, und neuerdings wird sie auch von Seitz a. a. O. S. 120 fg. angefochten. Vgl. gegen denselben die Ausführung in der vierten Auflage dieses Lehrbuchs und die guten Bemerkungen von Stintzing krit. VJSchr. II S. 592 fg. und s. Wächter a. a. O. S. 84 Anm. 66. Für die gemeinrechtliche Geltung des Schmerzensgeldanspruches haben erkannt die höchsten Gerichte zu Oldenburg, München, Cassel, Celle, Jena und Rostock (Seuff. Arch. I. 220, IV. 227, VIII. 138, XIII. 31, XV. 131, XXIII. 31, XXVII. 30, Budde Entscheidungen 2c. VIII Nr. 54 (= Seuff. Arch. XXXI. 232) und das RG. (Seuff. Arch. XXXVIII. 121); gegen dieselbe das OAG. zu Wiesbaden (Seuff. Arch. XIII. 31: weil die behauptete Praxis gegen ein ausdrückliches Gesetz, l. 7 D. de his qui effud. 9. 3, verstoße!).

[31] A. M. Gensler a. a. O. S. 147 Note 4, Puchta § 388. h, Seitz a. a. O. S. 164 fg., Köppen Erbrecht S. 179 Note 22. Seuff. Arch. VIII. 138, XXXII. 239. Auch ich habe in früheren Auflagen dieses Lehrbuchs die entgegengesetzte Ansicht vertreten, bestimmt durch das Argument, daß Schmerzen und Geldleistung absolut unvergleichbare Größen seien, und daher das Schmerzensgeld Entschädigung nicht sein könne. Aber ich erkenne gegenwärtig die Richtigkeit der von Wächter in der Schrift über die Buße S. 79 fg. gemachten Entgegnung an; auch das ist Entschädigung, wenn die dem Verletzten verursachte schmerzliche Empfindung durch Verursachung einer angenehmen Empfindung wieder aufgewogen wird. Vgl. auch Thon Rechtsnorm und subjectives Recht S. 58, Kohler Patentrecht S. 651. In diesem Sinne kann das Schmerzensgeld als Entschädigung allerdings aufgefaßt werden, und daß die Gewohnheit, durch welche es eingeführt worden ist, es in der That als Entschädigung aufgefaßt hat, darüber s. die Nachweisungen bei Wächter a. a. O. S. 73 fg. Die Schmerzensgeldklage ist daher eine utilis actio legis Aquiliae, keine utilis actio iniuriarum. Vgl. § 257 Note 6. S. auch das OAG. zu Rostock bei Budde Entscheidungen 2c. VIII Nr. 54 (= Seuff. Arch. XXXI. 232). Seuff. Arch. XXXVIII. 121 (RG. Entsch. VIII S. 118), XXXIX. 302.

[32] A. M. das OAG. zu Lübeck bei Seuff. Arch. XXXII. 239. Wohl dagegen wird das Schmerzensgeld ausgeschlossen durch die nach § 231 des StrGB. erkannte Buße. S. § 326 Note 11. Seuff. Arch. XXXI. 230 Nr. 1.

Ganze. Die Erben des Thäters haften gemäß der Regel auf den Bestand der Erbschaft; dagegen geht der Anspruch auf die Erben des Verletzten nicht über[33].[34]

2. Andere Bestimmungen.

§ 456.

1. Aus gewaltsamer Beschädigung gewährt das römische Recht einen Anspruch nach den Grundsätzen des Raubes[1]. Der Strafzusatz dieses Anspruchs hat heutzutage ebensowenig Geltung, wie der Strafzusatz des Anspruchs aus dem Raube selbst[1a].

2. Aus böswilliger Beschädigung in den in § 454 bei Ziff. 2 und 3 bezeichneten Fällen gewährt das römische Recht Ansprüche nach den daselbst bezeichneten Grundsätzen[2]. Für die heutige Anwendbarkeit des in diesen Ansprüchen enthaltenen Strafzusatzes gilt das Gleiche, wie am angeführten Orte bemerkt worden ist.

3. Der Ersatzanspruch aus böswilliger Beschädigung bei einem Auflaufe[3] hatte nach römischem Recht einen Strafzusatz[4] (auf das andere Einfache), was heutzutage nicht mehr gilt.

4. Ebensowenig gilt nach heutigem Recht der Strafzusatz, welchen das römische Recht dem aus dem Baumfrevel entstehenden Anspruch[5], ebenfalls auf das andere Einfache[6], gibt. Deßwegen hat heutzutage auch keine Bedeutung mehr die römische Vorschrift, daß dieser Anspruch zwar außer dem Eigenthümer auch dem Emphyteuta, nicht dagegen dem Nießbraucher zustehe[7].

---

[33] Wenn auch das Schmerzensgeld nicht Genugthuung für eine dem Verletzten zugefügte Kränkung ist, so ist es doch Entschädigung für Etwas, das ebensowenig auf die Erben des Verletzten übergeht, wie die Kränkung. Wie die erlittene Kränkung, so stirbt mit dem Verletzten auch der von ihm erduldete Schmerz, während der Vermögensschaden dauert und auf die Erben übergeht. S. auch l. 5 § 5 D. de his qui eff. 9. 3.

[34] Ausmessung des Schmerzensgeldes: s. Wächter a. a. O. S. 75. 76. Seuff. Arch. XV. 131, XVIII. 138.

[1] L. 2 (s. namentlich pr. und § 9 das.) D. vi bon. rapt. 47. 8. Unterholzner II § 689. § 456.

[1a] S. § 455 Note 23.

[2] a) L. 1 pr. l. 3 § 4. 7 D. de incend. 47. 9; b) l. 1 pr. l. 12 § 1 D. de public. 39. 4. Unterholzner II § 690. 693.

[3] L. 4 D. vi bon. rapt. 47. 8. Unterholzner II § 680.

[4] L. 4 pr. cit.

[5] Dig. 47. 7 arborum furtim caesarum. Unterholzner II § 688.

[6] L. 7 § 7 l. 8 pr. D. h. t.

[7] L. 5 § 2 D. h. t. Vgl. Jhering Abhandlungen S. 130. 131. 140. Dafür daß in diesem Fall auch die gewöhnliche actio legis Aquiliae begründet sei, s. l. 1 D. h. t. — Ueber andere Punkte s. l. 3. 4 D. h. t.; l. 5 pr. l. 7 § 2. 3 D. h. t.; l. 7 pr. § 1 l. 8 § 1—3 D. h. t.; l. 6 pr. § 1 D. h. t.; l. 7 § 6 D. h. t.

5. Böswillige Verletzung eines Grabmals[8] erzeugte nach römischem Recht einen Anspruch für den Betheiligten[9] auf eine von dem Richter nach seinem Ermessen zu bestimmende Geldleistung[10]. Es überwog dabei jedoch über den Gesichtspunkt der Beschädigung der Gesichtspunkt der dem Betheiligten zugefügten Kränkung[11], und deßwegen ging der Anspruch auf die Erben des Verletzten nicht über[12]. Heutzutage entsteht aus der Verletzung eines Grabmals der gewöhnliche Sachbeschädigungsanspruch[13] ohne allen Strafzusatz[14].

6. Aus unbefugter Bestattung eines Leichnams entspringt ein Anspruch auf Wegnahme des Leichnams oder Ersatz des Werthes des Grundstücks. Dieser Anspruch steht dem Eigenthümer, und analog auch dem sonst an dem Grundstück dinglich Berechtigten zu[15].

7. Ein Schadensersatzanspruch ist auch gegen denjenigen begründet, welcher durch fortgesetztes Gehen ein Stück von einem fremden Grundstück abtritt und zum Wege zieht[16].

8. Wer auf einem fremden Grundstück etwas vorzunehmen an und für sich berechtigt ist, wird dazu nicht eher zugelassen, bis er Ersatz des etwa anzurichtenden Schadens versprochen hat[17].

---

[8] Dig. 47. 12 Cod. 9. 19 D. de sepulcro violato. Unterholzner II § 733. Der Begriff des sepulcrum violatum wird sehr weit gefaßt; s. darüber l. 3 pr. § 3. 6. 11 l. 4 l. 11 D. l. 4. 5 C. h. t., l. 11 § 2 l. 22 § 4 D. quod vi aut cl. 43. 24, Paul. sentent. l. 21 § 4. 5. 8. 9; l. 3 § 2 D. h. t., l. 2 § 5 D. de relig. 11. 7.

[9] „Ei ad quem pertinet". L. 3 pr. § 9. 10 l. 6 D. h. t.

[10] L. 3 pr. § 8. 9 D. h. t. L. 3 § 8 cit. „Qui de sepulcri violati actione iudicant, aestimabunt, quatenus intersit, scilicet ex iniuria quae facta est, item ex lucro eius, qui violavit, vel ex damno, quod contigit, vel ex temeritate eius, qui fecit".

[11] L. 6. l. 10 D. h. t., l. 20 § 5 D. de A. v. O. H. 29. 2.

[12] S. § 359 Ziff. 1. In l. 10 § 1 cit. wird dem Erben die Klage nicht als Erben gegeben. S. auch l. 20 § 5 cit. und l. 5 l. 6 pr. D. de rel. 11. 7.

[13] Nach römischem Recht war die actio legis Aquiliae ausgeschlossen, weil das Grabmal kein Eigenthumsgegenstand war. L. 2 D. h. t.

[14] S. § 326 Note 4 und StrGB. § 168. 304. 185. 188. — Das römische Recht gewährte, wenn der Betheiligte den Anspruch nicht verfolgte, jedem Bürger das Recht, eine Strafe von 100 bez. von 200 aurei einzuklagen. L. 3 pr. l. 6. D. h. t. Vgl. Bruns Zeitschr. f. RGesch. III S. 371—375 und § 326 Note 5.

[15] L. 2 § 1—3 l. 7 l. 8 § 4 D. de relig. 11. 7. Die in l. 2 § 2 cit. erwähnte „poena pecuniaria" ist keine Privatstrafe.

[16] Actio viae receptae (reiectae?). L. 3 pr. D. de via publ. 43. 11. Vgl. StrGB. § 370 Ziff. 1.

[17] Damni infecti cautio (§ 460 Note 9). L. 5 § 4 l. 9 § 1 l. 15 D. ad exh. 10. 4, l. 19 § 4 D. loc. 19. 2, l. 9 § 1 l. 30 D. de damn. inf. 39. 2, l. 5 D. de aq. pluv. 39. 3, l. 3 § 11 l. 5 § 4 D. de itin. publ. 43. 19, l. 1 § 38 D. de aq. quot. 43. 20, l. 3 § 9 D. de riv. 43. 21, l. 1 pr. D. de cloac. 43. 23. Vangerow III § 678 Anm. z. A. Seuff. Arch. IV. 10.

9. Wegen Beschädigung des Geistes hat der Vater einen Anspruch gegen den Verführer seines Kindes. Die Bestimmung der Höhe der Leistung ist dem Ermessen des Richters überlassen; derselbe hat aber namentlich auf den durch den Verführten dem Vater zugefügten Vermögensschaden Rücksicht zu nehmen[18].

3. Beschädigung durch andere Personen und durch Thiere.

§ 457.

1. Für den Schaden, welcher durch Hinauswerfen oder Hinausgießen auf einen besuchten Ort angerichtet ist, haftet dem Beschädigten derjenige, welcher das Gemach oder den sonstigen Raum, aus dem hinausgeworfen oder hinausgegossen worden ist, bewohnt oder sonst benützt[1], vorbehaltlich seines Rückgriffs gegen den wirklichen Thäter[2]. Und zwar haftete er nach römischem Recht mit einem Strafzusatz (auf das andere Einfache des angerichteten Schadens, bei Körperverletzung nach Ermessen des Richters)[3], welcher heutzutage unanwendbar ist[4].

---

[18] Das römische Recht gibt dem Herrn gegen den Verführer seines Sclaven einen Anspruch auf das Doppelte seines Vermögensinteresse, actio de servo corrupto, Dig. 11. 3. Unterholzner II S. 703—705. Dieser Anspruch ist natürlich heutzutage unpraktisch. Nach l. 14 § 1 D. tit. cit. soll aber auch dem Vater gegen den Verführer seines Kindes eine utilis actio gewährt werden. Daß auch diese utilis actio auf das Doppelte gehe, wie allgemein angenommen wird, ist in der genannten Stelle nicht gesagt; vielmehr zeigt dieselbe deutlich, daß bei dieser utilis actio der vorwiegende Gesichtspunkt gar nicht der des Vermögensinteresse ist, so daß sie auch da eintritt, wo es an einem zu Verdoppelnden ganz fehlt, weßwegen eben auf das richterliche Ermessen verwiesen wird. Von der anderen Seite läßt sich nicht annehmen, daß das römische Recht dem Richter habe verbieten wollen, für den Fall, daß sich wirklich ein Vermögensschaden herausstellen sollte, auf denselben bei der Bestimmung der Leistungssumme Rücksicht zu nehmen, vgl. in dieser Beziehung l. 9 § 3 — l. 11 § 9 D. h. t. Für die heutige Anwendbarkeit dieser actio utilis erklären sich Schilter (exerc. 21 § 16) und Stryck (ad h. t. § 3); Anwendungsfälle berichtet Berger in der bei § 326 Note 5 angeführten Dissertation § 31. [Für die Anwendbarkeit Seuff. Arch. XLIV. 21 (München).] — Man hat es vielfach versucht, diese actio utilis auf andere Fälle auszudehnen; namentlich hat man sie dem Ehemanne wegen Verführung der Ehefrau geben wollen. Vgl. Glück XI § 754.

[1] Dig. 9. 3 de his qui effuderint vel deiecerint, § 1. 2 I. de obl. quae quasi ex del. 4. 5. v. Wyß Haftung für fremde Culpa S. 66—70. Wäntig über die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen S. 61—65 (1875). Glück X S. 392 fg.; Unterholzner II § 730. 731, Kuntze bei Holzschuher III S. 1124. 1125, Wächter II S. 493. 494. — Besuchter Ort: l. 1 § 1. 2 l. 6 pr. § 1 D. h. t. Bewohnen: l. 1 § 4. 9 l. 5 § 1. 2 l. 6 § 2 D. h. t.; l. 1 § 10 l. 5 pr. D. h. t. Sonstiger Raum und sonstige Benützung: l. 5 § 3 l. 6 § 3 D. h. t. Entsch. des RG. XIII S. 212 (= Seuff. Arch. XL. 288). § 457.

[2] L. 5 § 4 D. h. t. Vgl. Pernice zur Lehre von den Sachbeschädigungen S. 227.

[3] L. 1 pr. § 6 l. 5 § 5 D. h. t. Es ist bestritten, ob die Geldleistung wegen

2. Schiffer, Gast- und Stallwirthe haften aus den von ihren Leuten an den eingebrachten Sachen angerichteten Beschädigungen in gleicher Weise, wie aus den von denselben verübten Entwendungen (§ 454 Ziff. 5)[5.5a].

3. Für den Schaden, welchen ein Thier gegen die Art und Weise seiner Gattung anrichtet[6], haftet dem dadurch in seinem Interesse

---

Körperverletzung als Strafe oder als Schadensersatz zu verstehen sei, Wächter Lehrb. des Strafr. II S. 191. Aber s. gegenüber von § 1 I. cit. und l. 7 D. h. t. l. 5 § 5 D. h. t.

[4] S. § 326 Note 4 und StrGB. § 303 fg., vgl. § 366 Ziff. 8. — Die Klage aus der Körperverletzung war nach römischem Recht actio popularis; wenn durch die Verletzung der Tod herbeigeführt worden war, ging dieselbe auf 50 aurei, l. 1 pr. D. h. t. Bruns Zeitschr. für Rechtsgesch. III S. 375—377. Vgl. § 326 Note 6. — Das römische Recht gab auch eine actio popularis auf 10 solidi gegen denjenigen, welcher auf einem Vorsprunge eines von ihm benützten Gebäudes Etwas in gemeingefährlicher Weise aufstellt, l. 5 § 6 sqq. D. h. t., § 1 I. de obl. quae quasi ex del. 4. 5. Vgl. Bruns Zeitschr. für Rechtsgesch. III S. 383—384. Die heutige Anwendbarkeit dieser Klage ist nicht bloß durch ihre Popularnatur, sondern auch durch StrGB. § 366 Ziff. 8 ausgeschlossen.

[5] S. § 454 Note 21. 22. Vgl. HGB. Art. 451—452.

[5a] Aus dem neuen gemeinen Recht gehört in diesen Zusammenhang das Reichsgesetz 7/6 71 „betr. die Verbindlichkeit zum Schadenersatz für die beim Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken ꝛc. herbeigeführten Tödtungen und Körperverletzungen", s. g. Haftpflichtgesetz. (Der Eisenbahnunternehmer haftet schlechthin, er müßte denn vis maior oder eigenes Verschulden des Verletzten nachweisen können. Der Unternehmer eines Bergwerks, eines Steinbruchs, einer Gräberei oder einer Fabrik haftet aus dem Verschulden seiner Angestellten.) Vgl. darüber Wäntig a. a. O. (Note 1) S. 70—98, Eger die Reichshaftpflicht (1876), v. Weinrich (§ 455 Note 19 a. E.) S. 140 fg., Stobbe III S. 395 fg., Mandry § 49 (2. u. 3. Aufl.). Vgl. auch das Erk. des ROHG. vom 17. December 1873 bei Seuff. Arch. XXX. 145 und über die Frage, ob es sich nicht vom gesetzgeberischen Standpunkte empfehle, den Arbeiter schlechthin für das Verschulden seiner Arbeiten haften zu lassen, die Verhandlungen des 17. deutschen Juristentags I S. 46 fg. 125 fg. 337 fg. II S. 80 fg. 284 fg., des 18. I S. 275 fg. II S. 67 fg.

[6] Inst. 4. 9 Dig. 9. 1 si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. Thibaut Versuche II Nr. 8 (1801). Zimmern System der röm. Noxalklagen S. 79—217 (1818). Gesterding Zeitschr. für Civ. u. Pr. IV S. 261—288 (1831, auch abgedruckt in der „Ausbeute von Nachforschungen" VI 2. Abth. S. 135—165). Radloff die Haftung des Eigenthümers für den durch Thiere angerichteten Schaden nach röm. Recht (Inaug.-Diss. 1883). Glück X S. 269 fg.; Unterholzner II § 682, Sintenis II S. 780—783, Vangerow III § 689 Anm., Wächter II S. 494 fg., [Dernburg II § 133]. — L. 1 § 3 D. h. t. „Pauperies est damnum sine iniuria facientis datum; nec enim potest animal iniuriam fecisse, quod sensu caret". — Gegen die Natur seiner Gattung: l. 1 § 4—7. 10. 11 l. 5 D. h. t., pr. I. h. t. [Vgl. hierzu Eisele Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 480 fg.]. Thier: l. 4 D. h. t. Vgl. Seuff. Arch. XXXI. 235. Schaden: das. XXXIII. 231. — Ist der Eigenthümer an der Beschädigung Schuld,

Gekränkten[7] der Eigenthümer des Thieres mit der Maßgabe, daß er sich durch Preisgeben des Thieres befreien kann[8]. Wird das Thier veräußert, so geht der Anspruch auf den neuen Eigenthümer über[9]. Der gleiche Anspruch findet statt, wenn Vieh fremde Früchte abfrißt[10]. — Für den Schaden, welchen ein nicht gehörig bewachtes gefährliches Thier anrichtet, haftet derjenige, den die Schuld trifft, nach den Grundsätzen des Aquilischen Gesetzes[11].

4. Beschädigung durch Sachen*.

a. Durch Grundstücke**.

α. Das Allgemeine.

§ 458.

Für den Schaden, welcher von Grundstücken herkommt, kann Ersatz begehrt werden nach folgenden Grundsätzen[1].

---

so haftet er nach den Grundsätzen des Aquilischen Gesetzes, l. 1 § 5 D. h. t., l. 8 § 1 D. ad leg. Aq. 9. 2.

[7] L. 2 pr. D. h. t. „Haec actio non solum domino, sed etiam ei cuius interest competit: veluti ei cui res commodata est, item fulloni; quia eo, quod tenentur, damnum videntur pati". [Entsch. d. RG. XX S. 201.]

[8] Noxae datio. L. 1 pr. § 11—14. 16 D. h. t., pr. I. h. t., l. 7 § 1 D. de damno inf. 39. 2. Vgl. l. 12. 13. 17 D. de nox. act. 9. 4. Vgl. Seuff. Arch. XXXII. 324, XXXIV. 221.

[9] Noxa caput sequitur. L. 1 § 12. 13. 17 D. h. t. Entscheid. des OAG. zu Rostock IX S. 140 fg. [Entsch. des RG. XX S. 205.] Mit dem Tode des Thieres fällt der ganze Anspruch weg, l. 1 § 13 D. h. t. (vgl. I § 128 Note 4). — Auf diesen engen Raum haben sich die actiones noxales zurückgezogen, welche im römischen Rechte so wichtig waren. Gai. IV. 75—79; Inst. 4. 8 Dig. 9. 4 Cod. 3. 41 de noxalibus. Sie galten, außer bei Thieren, bei Delicten der Sclaven, und im classischen Recht auch bei Delicten der Hauskinder (im Justinianischen Recht ist das Letzte verschwunden und von Justinian ausdrücklich aufgehoben, § 7 I. h. t.). Vgl. Zimmern System der römischen Noxalklagen (1818). v. Wyß Haftung für fremde Culpa S. 8—47. Schlesinger Zeitschr. f. RGesch. VIII S. 202 fg. E. Sell aus dem Noxalrecht der Römer (1879). Bekker Besitz S. 50 fg. Baron Abh. aus dem röm. Civilproceß II S. 47 fg. Wendt Faustrecht S. 268 fg. [P. F. Girard les actions noxales. Paris 1888. Dazu Kipp Zeitschr. der Sav.-Stiftung X S. 397 fg.]

[10] Actio de pastu pecoris, deren Existenz übrigens bestritten ist. S. l. 14 § 3 D. de praescr. verb. 19. 5 in Verbindung mit Paul. sentent. I. 15 § 1; Zimmern S. 105 fg., Gesterding § 6, Unterholzner S. 172, Sintenis II § 127 Anm. 29 zweite Hälfte, Arndts § 327 Anm. 6, Pernice zur Lehre von den Sachbeschädigungen S. 222, Radloff S. 63 fg., [Eisele a. a. O. (Note 6) S. 495 fg.]. S. auch l. 9 § 1 D. ad exh. 10. 4, l. 6 C. de leg. Aq. 3. 35.

[11] Vgl. l. 1 § 5 D. si quadrupes 9. 1, l. 8 § 1 D. ad. leg. Aq. 9. 2, l. 6 C. de lege Aq. 3. 35. — Das römische Recht enthält für diesen Fall (aus dem aedilicischen Edict) noch eine besondere Bestimmung: nach derselben geht gegen den Schuldigen eine actio popularis (Bruns Zeitschr. f. RGesch. III S. 343)

1. Der Schaden braucht bloß dann ersetzt zu werden, wenn der Beschädigte sich vor dem wirklichen Eintreten desselben gerührt und ein Versprechen des Ersatzes von dem Gegner erlangt hat[2]. Nur wenn der Beschädigte das Seinige gethan hat, um ein solches Versprechen zu erlangen, dieß ihm aber trotzdem nicht gelungen ist, kann er Schadensersatz auch direct fordern[3]; abgesehen von diesem Fall hat er ohne Schadensersatzversprechen nur ein Retentionsrecht an den etwa in seinen Besitz gelangten Sachen[4].

---

auf das Doppelte des angerichteten Schadens, außerdem bei Körperverletzung auf eine arbiträre Geldstrafe, bei Tödtung auf 200 solidi, l. 40 § 1 l. 41 l. 42 D. de aed. ed. 21. 1. Dieser Anspruch ist für das heutige Recht, auch soweit er nicht popular ist, durch StrGB. § 367 Ziff. 11 beseitigt (§ 326 Note 4). Vgl. übrigens auch § 1 I. si quadrupes 4. 9, und zu l. 1 § 10 D. eod. Pernice a. a. O. S. 225.

* Genau genommen sollte gesagt werden: durch andere Sachen, da ja auch die Thiere (§ 457) Sachen sind.

** Dig. 39. 2 de damno infecto et de suggrundis et protectionibus. — Hesse die cautio damni infecti (2. Aufl. 1841). Bachofen das römische Pfandrecht S. 110 fg. 368 fg. (1847). Reinhard Arch. f. civ. Pr. XXX S. 226 fg. (1847). Hesse über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I S. 1—184 (1859). Zweite Aufl. (1880) S. 3 fg. Burckhard die cautio damni infecti (1875). Unterholzner II S. 714—721, Sintenis II S. 784—790, Vangerow III § 678 Anm., Brinz 2. Aufl. I § 172, Dernburg I § 230. 231. — Ueber das Geschichtliche der Lehre s. Huschke de actionum formulis, quae in lege Rubria exstant (1832), deutsch bearbeitet in dessen „Gajus" S. 203—242 (1855); Hesse Rechtsverhältnisse rc. S. 168 fg., Burckhard S. 63 fg.

§ 458. [1] Das Edict des Prätors in l. 7 pr. D. h. t.

[2] Cautio damni infecti. Mit dem Versprechen muß in gewissen Fällen Sicherheitsbestellung verbunden werden; darüber das Nähere im folgenden § (Ziff. 2). — Vgl. noch Jhering Jahrb. für Dogm. VI S. 98 fg. Schuldmoment S. 27. — Heutige Anwendbarkeit: Reinhard a. a. O. S. 246, Hesse Rechtsverhältnisse rc. S. 144. 182. 183 (2. Aufl. S. 148 fg.), Burckhard S. 630 fg., Dernburg S. 535 [(537), Hellmann Festschrift für Planck S. 265. 269 (vgl. 249 fg.)]. Vgl. auch Bekker Aktionen II S. 49 Note 22. Seuff. Arch. XVII. 51, XXI. 211, XXXI. 144, XXXIII. 228, XXXVII. 214.

[3] a) L. 7 pr. l. 4 § 2 l. 15 § 36 l. 16. 17 l. 18 § 13—15 l. 44 pr. D. h. t., l. 4 § 2 D. ne vis fiat ei 43. 4: der Beschädigte hat einen richterlichen Befehl auf Leistung des Versprechens erwirkt, aber der Gegner dem Befehl nicht gehorcht. b) L. 15 § 28 D. h. t.: der Beschädigte hat sich an den Richter gewendet, aber der Richter überlegt noch, ob er den Befehl ertheilen soll. c) L. 4 § 3 D. ne vis fiat ei 43. 4: der Beschädigte konnte sich nicht an den Richter wenden, weil derselbe ihm nicht zugänglich war. d) L. 7 § 2 i. f. l. 8 l. 9 pr. D. h. t.: der Beschädigte „non ipsius neglegentia, sed propter aliquod impedimentum sibi non prospexit". Seuff. Arch. XXXII. 247, XXXIII. 30. In den drei ersten Fällen haftet der Verpflichtete auf Schadensersatz schlechthin, im letzten Fall mit der in Ziff. 2 bezeichneten Maßgabe. — Nach römischem Recht konnten auch die Municipalmagistrate auf Ersatz belangt werden, wenn durch deren Verschulden das Versprechen nicht geleistet worden war, l. 4 § 7—10 D. h. t.

[4] L. 6 l. 7 § 2 l. 44 pr. D. h. t. — Vgl. zu dieser und der vorhergehenden

2. Der Schaden braucht nicht über den Werth hinaus ersetzt zu werden, welchen das Grundstück für den Verpflichteten hat; dieser kann sich durch Preisgeben des Grundstücks von aller Verpflichtung befreien[5].

3. Es braucht nur derjenige Schaden ersetzt zu werden, welcher seinen Grund in einer fehlerhaften, nicht derjenige, welcher seinen Grund in der natürlichen Beschaffenheit des Grundstücks hat[6].

4. Dem Grundstück stehen gleich die auf dem Grundstück befindlichen Anlagen[7].

β. Das Nähere.

§ 459.

1. Fordern kann[1] das Schadensersatzversprechen derjenige, welcher von dem drohenden Schaden betroffen werden wird: nicht bloß der

---

Note Hesse Rechtsverhältnisse rc. S. 131 fg. (2. Aufl. S. 93 fg.), Vangerow Nr. IX, Burckhard S. 10 fg. 594 fg., Brinz 1. Aufl. S. 674 fg. Burckhard ist der Ansicht, der Beschädigte habe an dem Hinübergefallenen nicht bloß ein Retentionsrecht, sondern auch ein Klagerecht auf Wegnahme desselben, welchem Anspruch der Eigenthümer nur durch Dereliction des Grundstückes entgehen könne. Burckhard's Ansicht beruht auf einer unzulässigen und unbewiesenen Auslegung der l. 8 D. h. t. und einem sehr bedenklichen arg. a contrario aus l. 9 § 2 i. f. D. h. t.

[5] Also derselbe Grundsatz, wie bei dem durch Thiere angerichteten Schaden, nur daß dieser Grundsatz nach dem im folgenden § (Ziff. 4) zu Sagenden hier in anderer Weise verwirklicht wird. L. 7 § 1 D. h. t.: — „cum enim animalia, quae noxam commiserunt, non ultra nos solent onerare, quam ut noxae ea dedamus, multo magis ea, quae anima carent, ultra nos non deberent onerare, praesertim cum res quidem animales, quae damnum dederint, ipsae exstent, aedes autem, si ruina sua damnum dederunt, desierint extare“. L. 9 pr. eod. Vgl. auch l. 5 D. ne quid in loco publ. 43. 8 (dazu Huschke a. a. O. S. 210. 211 der deutschen Bearbeitung).

[6] Es muß ersetzt werden der Schaden, welcher entstanden ist „vitio aedium, loci, operis“, l. 24 § 12 D. h. t. S. ferner l. 24 pr. § 2. 5. 6. 9 l. 19 § 1 eod. Ueber den Begriff des vitium s. l. 24 § 2 D. h. t. „Vitium autem aedium et loci esse Labeo ait, quod accidens extrinsecus infirmiores eas facit; denique nemo dixit, palustris loci vel arenosi nomine quasi vitiosi committi stipulationem, quia naturale vitium est, et ideo nec ea stipulatio interponitur, neque interposito committetur“. Nähere Ausführung im Verfolg der Stelle und in l. 43 pr. D. h. t. Vgl. noch l. 13 § 2 D. h. t. Hesse Rechtsverhältnisse rc. S. 59 fg. (2. Aufl. S. 41 fg.), Burckhard S. 138 fg. Vgl. Seuff. Arch. XXXIV. 303.

[7] Es muß ersetzt werden der Schaden, welcher entstanden ist „vitio aedium, loci, operis“. Bei „opus“ denken die Römer vorzugsweise an ein Bauwerk; aber auch jede andere Anlage gehört hierher, selbst das auf dem Grundstück Gewachsene, l. 24 § 9 D. h. t.

[1] Hesse Rechtsverhältnisse rc. S. 80—96 (2. Aufl. S. 54—66), Burckhard S. 270—322. Vangerow a. a. O. Nr. II. § 459.

Eigenthümer[2], welchem der redliche Besitzer gleichzustellen ist[3], sondern auch der an der Sache sonst dinglich Berechtigte[4], ja auch der an der Sache nicht Berechtigte, wenn er[5] entweder dem Berechtigten den Schaden ersetzen muß[6], oder wenn er ein Forderungsrecht auf die Sache hat und der Schuldner ihm für den Schaden nicht einsteht[7]. Jedoch braucht bei der Forderung des Versprechens der Fordernde das Rechtsverhältniß, kraft dessen er von dem drohenden Schaden wird betroffen werden, nicht sofort auch zu beweisen: der Gegner kann einstweilen nur den Gefährdeeid verlangen, und zum Beweise kommt er erst dann, wenn aus dem geleisteten Versprechen auf Ersatz des wirklich eingetretenen Schadens geklagt wird[8]. — Ausnahmsweise kann der an und für sich Berechtigte das Versprechen dann nicht fordern, wenn er selbst früher dem Gegner das Versprechen verweigert und in Folge davon an denselben das Eigenthum des schadendrohenden Gegenstandes verloren hat[8a].

2. Verpflichtet[9] zur Leistung des Versprechens ist außer dem Eigenthümer[10], welchem auch hier der redliche Besitzer gleichsteht[11],

---

[2] L. 5 § 2 l. 20 D. h. t. Miteigenthum: l. 27 D. h. t.

[3] Dieß ist bestritten wegen l. 11 l. 13 § 9 D. h. t., wo von Marcellus, unter Billigung von Ulpian, das Gegentheil ausgesprochen wird. Aber man muß dieß für eine von der Gesammtentwickelung des römischen Rechts überholte Meinung halten. S. l. 18 pr. D. t.: „Damni infecti stipulatio competit . . . ei, cuius in bonis res est" in Verbindung mit l. 49 D. de V. S. 50. 16, und die Ausführung von Jhering Abhandlungen S. 106 fg., auch Hesse a. a. O. S. 84 (58) fg., Burckhard S. 306 fg. Auf der anderen Seite namentlich Vangerow a. a. O. und die daselbst Citirten.

[4] Genannt werden: Superficiar, l. 13 § 8 l. 39 § 2 D. h. t.; Nießbraucher, l. 5 § 2 l. 13 § 8 l. 20 D. h. t.; Pfandgläubiger, l. 11 D. h. t. (Dernburg Pfandrecht II S. 392).

[5] L. 18 pr. D. h. t. „Damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cuius in bonis res est, sed etiam cuius periculo res est". Vgl. andererseits l. 13 § 4 D. h. t.

[6] L. 21 D. h. t. In l. 13 § 5 D. h. t. fordern, wie Hesse S. 80 (55) richtig bemerkt, die inquilini das Versprechen nicht wegen des von ihnen gemietheten Hauses, sondern wegen der von ihnen eingebrachten Sachen. Burckhard S. 278 fg. 291 fg.

[7] L. 38 pr. D. t.; vgl. l. 18 § 7—10 eod.

[8] L. 7 pr. l. 13 § 3. 12. 13 D. h. t. A. M. Hesse S. 117 fg. in der 1. Aufl. (anders 2. Aufl. S. 81).

[8a] L. 13 § 11 D. h. t. — S. auch l. 13 § 7 D. h. t.

[9] Hesse Rechtsverhältnisse ꝛc. S. 96—104 (2. Aufl. S. 66—71), Burckhard S. 322 fg. Vangerow a. a. O. Nr. III. IV.

[10] L. 9 § 4. 5 l. 10 l. 15 § 27 l. 19 pr. l. 22 D. h. t. Wird über das Eigenthum Proceß geführt, so trifft die Verpflichtung den Besitzer, l. 39 § 1 D. h. t. Miteigenthum: l. 27 l. 40 § 3 D. h. t., l. 6 § 7 D. comm. div. 10. 3.

[11] L. 13 pr. D. h. t.

jeder sonst an der Sache dinglich Berechtigte[12], mit Ausnahme des Grunddienstbarkeitsberechtigten[12a], — so jedoch, daß das Versprechen nicht von Mehreren zugleich verlangt werden kann[13]. Zwischen dem Eigenthümer und dem redlichen Besitzer einerseits und dem sonst an der Sache Berechtigten andererseits besteht aber der Unterschied, daß jene mit dem einfachen Versprechen genug thun, während dieser außerdem Bürgschaft stellen muß[14]. Auch derjenige muß Bürgschaft stellen, welcher auf einem öffentlichen Grundstück eine Anlage macht[15].

3. Gerichtet werden[16] muß das Versprechen auf Ersatz des in § 458 Ziff. 3 bezeichneten Schadens. Unter Schaden ist das gesammte Interesse zu verstehen[17], einschließlich des entbehrten Gewinnes[18]. — Das Versprechen braucht bloß für eine vom Richter zu bestimmende Zeit[19], bei Wasserbauten für 10 Jahre, geleistet zu werden[20]. — Das Versprechen berechtigt und verpflichtet natürlich auch die Gesammtnachfolger, aber ebenso natürlich nicht die Sondernachfolger[21].

4. Die Leistung des Versprechens wird nicht direct erzwungen. Die Folge seiner Verweigerung[22] ist vielmehr zuerst Einweisung in

---

[12] Emphyteuta und Superficiar: l. 9 § 4 l. 15 § 25 l. 19 pr. D. h. t. Nießbraucher: l. 9 § 5 l. 10 l. 15 § 25 l. 19 pr. D. h. t. Pfandgläubiger: l. 11. 12 l. 15 § 25 l. 19 pr. D. h. t.

[12a] So mit Recht Burckhard S. 342 fg. L. 13 § 1 und l. 30 D. h. t. handeln von dem Fall des folgenden §.

[13] L. 9 § 4. 5 l. 10 D. h. t. In diesen Stellen wird der Nichteigenthümer neben dem Eigenthümer alternativ („aut", „vel") genannt. Vgl. Note 27 g. E. und l. 22 § 1 D. h. t. — Hinterherige Ausgleichung zwischen dem Eigenthümer und dem sonst dinglich Berechtigten: l. 9 § 5 l. 10 l. 22 pr. D. h. t., vgl. l. 17 § 1 D. de nox. act. 9. 4, l. 9 pr. § 3 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Hesse a. a. O. S. 166 (136) fg., Bachofen a. a. O. S. 118 fg., Burckhard S. 398 fg., Elvers röm. Servitutenlehre S. 572 fg.

[14] L. 7 pr. D. h. t.; l. 9 § 4. 5 l. 10 l. 22 D. h. t., l. 13 pr. D. h. t.; l. 9 § 4. 5 l. 10 l. 11 l. 15 § 25 l. 19 pr. l. 22 pr. D. h. t.

[15] L. 7 pr. l. 13 pr. l. 15 § 2. 6 l. 24 pr. D. h. t. Burckhard S. 461 fg.

[16] Hesse Rechtsverhältnisse rc. S. 146 fg. (2. Aufl. S. 108 fg.), Burckhard S. 480 fg. Vangerow a. a. O. Nr. VI.

[17] L. 5 § 2 l. 18 § 10 l. 28 l. 37 D. h. t. S. noch l. 18 § 5. 6 D. h. t., l. 40 pr. eod. und dazu § 258 Note 2.

[18] L. 28. 29. 37 D. h. t.

[19] L. 4 pr. l. 13 § 14 l. 14 l. 15 pr. § 1 D. h. t.

[20] L. 7 pr. l. 15 § 2. 4. 6. 7 D. h. t.

[21] Aber es kann ausgemacht werden, daß der Versprechende auch für denjenigen Schaden haften solle, welcher eintreten werde, nachdem das Grundstück in andere Hände übergegangen sei. Dieß sagt l. 24 § 1 D. h. t. Vgl. l. 17 § 4 l. 18 § 10 eod. Vangerow Nr. VI. 6, Hesse S. 150—152 (2. Aufl. S. 112—115). Anders, aber gewiß nicht richtig, faßt die l. 24 § 1 cit. Schmidt Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII S. 21 unt. 22.

[22] Hesse Rechtsverhältnisse rc. S. 152—166 (2. Aufl. S. 116—135), Burckhard S. 525 fg. Vangerow a. a. O. Nr. VII.

den Besitz des Grundstücks, von welchem der Schaden droht[23]; durch welche Einweisung jedoch der bisherige Besitzer nicht verdrängt wird[24]. Wird das Versprechen auch jetzt noch nicht geleistet[25], so wird dem Beklagten durch eine zweite richterliche Verfügung[26] sein Recht abgesprochen und dieses auf den Kläger übertragen[27].

---

[23] L. 7 pr. D. h. t.; l. 4 § 1 l. 15 § 11—14 l. 38 § 1 D. h. t., l. 1 D. quib. ex caus. in po. 42. 4; l. 15 § 15 l. 40 § 4 l. 7 pr. i. f. D. h. t. Vgl. Glück XVIII S. 266, Sintenis II § 127 Anm. 60, Dernburg Pfandr. I S. 416 lit. d, Burckhard S. 532 fg.

[24] L. 15 § 20 D. h. t. Der Zweck der Einweisung ist, dem Eingewiesenen „custodiam et observationem" zu verschaffen (l. 3 § 23 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 12 D. quib. ex caus. in po. 42. 4), nebenbei auch: „ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat . . . cautionem" (l. 5 pr. D. ut in po. leg. 36. 4). Zur Reparatur ist der Eingewiesene zwar nicht verpflichtet (l. 15 § 30 D. h. t.), wohl aber berechtigt, und er braucht, wenn er wirklich reparirt hat, den Besitz nicht eher zu verlassen, bis ihm außer dem Versprechen des Ersatzes des künftig eintretenden Schadens auch Ersatz der aufgewendeten Kosten geleistet worden ist (l. 15 § 21. 32 vgl. l. 34 D. h. t.). Auf Ersatz dieser Kosten steht ihm übrigens auch ein Klagerecht zu, l. 15 § 34 D. h. t. — Klage auf Zulassung: l. 1 § 3 l. 4 pr. D. ne vis fiat ei 43. 4.

[25] L. 4 § 4—6 l. 15 § 21. 22 l. 19 pr. D. h. t. (l. 30 D. de nox. act. 9. 4).

[26] S. g. missio ex secundo decreto, vgl. l. 15 § 16 D. h. t.

[27] Der römische Magistratus konnte aber nicht das Recht selbst, sondern nur gerichtlichen Schutz des dem Rechte entsprechenden factischen Zustandes verleihen; das Recht selbst wurde erst durch die Ersitzung erworben. Daher edicirte der Prätor: „Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem eius rei, cuius nomine ut caveatur postulabitur, ire, et cum iusta causa esse videbitur etiam possidere iubebo", l. 7 pr. D. h. t., und s. ferner l. 5 pr. l. 12 l. 15 § 16. 26. 27 l. 18 § 15 D. h. t., l. 3 § 33 D. de A. v. A. P. 41. 2, während in anderen Stellen als Wirkung der zweiten Verfügung geradezu Entstehung des Eigenthumsrechts bezeichnet wird, s. l. 15 § 16. 17. 33 D. h. t., l. 7 § 1 D. de usufr. 7. 1, l. 1 pr. D. de fundo dot. 23. 5; auch l. 26 § 6 i. f. D. de nox. act. 9. 4. Ist freilich der Gegner selbst nur redlicher Besitzer, so erhält auch der Eingewiesene bloß bonae fidei possessio, vgl. l. 28 D. de nox. act. 9. 4. Hesse a. a. O. S. 158 (127) fg. Burckhard S. 556 fg., Vangerow a. a. O. Nr. VII. 2. — Durch die Uebertragung des Eigenthums gehen dingliche Rechte, welche an der Sache zu Gunsten eines Dritten bestehen, nicht unter; aber auch sie werden dem Berechtigten abgesprochen, wenn auch er seinerseits die Caution verweigert. L. 44 § 1 l. 15 § 24. 25 l. 12 l. 9 § 4. 5 D. h. t., vgl. l. 17 § 1 l. 26 § 6 D. de nox. act. 9. 4. Ist die Caution bloß von dem an fremder Sache Berechtigten gefordert, so wird bei Verweigerung derselben auch bloß das Recht an fremder Sache abgesprochen, und auf den Fordernden übertragen. L. 15 § 26 D. h. t., vgl. l. 27 D. de nox. act. 9. 4. Andere, so namentlich Elvers Servitutenlehre S. 525, Vangerow Nr. VII. 2. e, und in ausführlicher Darstellung Burckhard S. 344 fg., wollen die Entscheidung der l. 15 § 26 cit. auf den in derselben behandelten Fall der Emphyteuse beschränken. Ich halte das für bedenklich. Gewiß sehen die Quellen den Fall der Einweisung gegen den Eigenthümer als den regelmäßigen an, und der Bedrohte wird zu erwägen haben, ob er mit einem Vorgehen gegen den Nichteigenthümer etwas zu erreichen im Stande ist, was ihm dient, wie z. B. mit dem Vorgehen gegen den

5. Das Versprechen kann nicht gefordert werden, wenn ein Anspruch auf Ersatz des eintretenden Schadens schon anderweitig begründet ist[28].

γ. Zusätzliches*.

§ 460.

Das im Vorstehenden entwickelte Recht ist zum Theil übertragen worden auf den Schaden, welchen Jemand erleidet nicht durch die fehlerhafte Beschaffenheit eines fremden Grundstückes oder einer darauf befindlichen Anlage, sondern in Folge einer Thätigkeit, durch welche auf das fremde Grundstück eingewirkt wird[1]. Eine solche Thätigkeit

---

Pfandgläubiger. Aber daß ihm einseitiges Vorgehen z. B. gegen den Superficiar oder Nießbraucher verschlossen sein sollte, wenn es ihm paßt oder genügt, gerade deren Rechte zu erwerben bez. zur Ausübung sich zu verschaffen, oder wenn das Vorgehen gegen den Eigenthümer mit Schwierigkeiten verbunden ist, liegt gewiß nicht im Sinne der Quellen. Dernburg § 231 Note 15 will der Emphyteuse nur die Superficies gleichstellen. — Miteigenthum: l. 5 § 1 D. h. t. Einweisung Mehrerer: l. 5 § 1 cit., l. 15 § 15. 17. 18 l. 40 § 4 D. h. t.

[28] L. 32 D. h. t.: — „et est plane nostrorum praeceptorum haec sententia, ut credamus, inutilem esse damni infecti stipulationem, quo casu damnum alia actione sarciri possit". S. ferner l. 13 § 6 l. 33 D. h. t.; l. 18 § 2 l. 20 D. h. t.; l. 18 § 4 D. h. t.; l. 18 § 9 D. h. t. Hesse Rechtsverh. rc. S. 122 (83) fg., Burckhard S. 250 fg., Vangerow Nr. X. Vgl. auch noch Schneider in Sell's Jahrb. I S. 423 fg., Schäffer Arch. f. prakt. RW. II S. 272—294. Seuff. Arch. VII. 185.

* Das in diesem § Vorgetragene gehört eigentlich seinem systematischen Zusammenhange nach nicht hierher, weil es sich dabei nicht mehr um Beschädigung durch Sachen handelt; es gehört vielmehr eigentlich als Anhang in die Lehre vom Recht der lex Aquilia. Die ihm hier gegebene Stellung empfiehlt sich aber dadurch, daß auch in diesem Falle Schadensersatz nur auf dem Wege vorgängigen Versprechens erlangt werden kann.

[1] Auch von einem solchen Schaden kann man nämlich sagen, daß er „vitio operis" eingetreten sei, für welchen Fall das Edict die cautio damni infecti versprochen hatte (§ 458 Note 6). Denn: a) opus bezeichnet nicht bloß das Resultat der Thätigkeit, sondern auch die Thätigkeit selbst, vgl. l. 5 D. de V. S. 50. 16 und l. 18 D. ratam rem 46. 8, in welcher letzteren Stelle als Formel der cautio damni infecti bezeichnet wird: „si quid . . . scindetur, fodietur, aedificabitur"; b) vitium hat nicht bloß die Bedeutung von fehlerhafter Beschaffenheit, sondern auch die Bedeutung von Schuld (vgl. z. B. l. 95 § 11 D. de solut. 46. 3), und zwar, in gleicher Weise wie dieß auch bei dem deutschen Ausdruck Schuld der Fall ist, ohne daß dabei immer an eine Zurechnung gedacht würde (vgl. z. B. Cic. Phil. 2 c. 18: fortunae vitio, non suo decoquere, — de har. resp. c. 26: honorem vitio civitatis, non suo non assequi). In gleich abgeblaßtem Sinne wird in l. 40 § 1 D. h. t., l. 7 § 13 D. comm. div. 10. 3 und l. 46 pr. D. de furt. 47. 2 der Ausdruck beneficium gebraucht, so daß auch er nichts bezeichnet, als daß eine Wirkung in einer Person, Sache, Thatsache ihre Ursache habe. Vgl. auch Reinhard Arch. f. civ. Pr. XXX. S. 229, Hesse Rechtsverhältnisse rc. S. 71 (41) fg., Burckhard S. 136 fg., Seuff. Arch. XXXIII. 28. 29. § 460.

kann möglicherweise zu Schadensersatz verpflichten nach dem Rechte des Aquilischen Gesetzes[2]; wo dieses Recht nicht aushilft[3], kann unter Umständen der Beschädigte zum Schadensersatz gelangen auf dem Wege eines vorgängig erlangten Schadensersatzversprechens[4]. Die dafür geltenden Regeln sind folgende.

1. Nicht einer jeden Thätigkeit gegenüber, durch welche der Eigenthümer auf seinen Grund und Boden einwirkt, kann das Schadensersatzversprechen begehrt werden; wo hier die Grenze zu ziehen sei, ist eine Frage, welche der Lehre von den Eigenthumsbeschränkungen angehört[4a]. Unter keinen Umständen braucht der Eigenthümer Ersatz

[3] Dann bleibt es natürlich dem Beschädigten unbenommen, sich auf dieses Recht zu berufen; er kann aber auch, wenn er ein Schadensersatzversprechen erlangt hat, dieses geltend machen. L. 27 § 10 D. ad leg. Aq. 9. 2 (vgl. Coll. XII. 7 § 8), l. 1 § 5 D. de ripa munienda 43. 15, l. 18 D. de S. P. U. 8. 2 (vgl. Note 9).

[3] Entweder weil den Handelnden keine Verschuldung trifft (l. 18 § 4 D. h. t.), oder weil der Schaden nicht an dem Körper einer Sache erlitten worden ist, z. B. die Miether ziehen aus (l. 37 vgl. l. 28. 29 l. 43 § 1 D. h. t.).

[4] L. 24 § 12 l. 26 D. h. t., vgl. auch l. 29 D. de S. P. U. 8. 2. Hier ist ein allgemeines Princip anerkannt. S. I § 169 Ziff. 8. Für diese Anwendung der cautio damni infecti sprechen ferner folgende Gründe. a) In l. 15 § 2 sqq. l. 24 pr. D. h. t. vgl. l. 31 eod., heißt es von der cautio damni infecti, welche von demjenigen geleistet worden ist, der auf einem öffentlichen Grundstück ein „opus facit", daß kraft dieser Caution Ersatz alles aus dem opus entstandenen Schadens verlangt werden könne. Dabei wird zwar einerseits ausgegangen von dem Begriff „vitio operis", andererseits aber (vgl. Note 1) so wenig eine fehlerhafte Beschaffenheit des opus verlangt, daß vielmehr dieser letztere Fall in l. 24 pr. cit. als ein besonderer ausdrücklich hervorgehoben wird. In l. 15 § 5 cit. heißt es denn auch, daß das „damnum ex opere" ersetzt werden müsse. Der gleiche Ausdruck in l. 39 pr. D. h. t., nur daß hier statt „damnum" „vitium" gesagt ist, worüber zu vergleichen ist l. 43 D. h. t., l. 1 § 3 D. ne quid in flum. publ. 43. 13. b) Die cautio damni infecti kann nach dem in § 456 Note 17 und unten in diesem § unter Ziff. 4 Gesagten auch von demjenigen gefordert werden, welcher auf fremdem Grund und Boden etwas vornehmen will, wozu er an und für sich berechtigt ist. Auch in diesem Falle wird eine fehlerhafte Beschaffenheit des opus nicht verlangt; ja die Arbeiten, um die es sich hier handelt, sind zum Theil von der Art, daß in Betreff ihrer ein vitium operis in dem Sinne von fehlerhafter Beschaffenheit keinen Sinn hat, s. z. B. l. 9 § 1 D. h. t. (Wegnehmen von aufgetriebenen Sachen), l. 9 § 1 D. ad exh. 10. 4 (Auflesen von Baumfrüchten), ferner l. 19 § 4 D. loc. 19. 2, l. 5 D. de aqua et aquae 39. 3. c) Nach l. 35—37 D. h. t. ist derjenige, welcher eine gemeinschaftliche Mauer neu baut, aus der damni infecti cautio dem Miteigenthümer zum Schadensersatz verpflichtet, wenn in Folge des Neubaus dessen Miether ausziehen. Dabei wird nur vorausgesetzt, daß der Neubau unnöthig war, weil sonst der Bauende die Befugniß zu demselben ohne Rücksicht auf seine Folgen hatte; unter dieser Voraussetzung aber ist es der Neubau als solcher, welcher verpflichtet, nicht erst eine fehlerhafte Beschaffenheit desselben.

[4a] S. I § 169 Note 19.

zu versprechen für die Vortheile, welche er durch seine Thätigkeit dem benachbarten Grundstück entzieht[5].

2. Leistet der Eigenthümer das Versprechen nicht, wo er es leisten muß, so erfolgt nicht Einweisung in den Besitz und Aberkennung des Rechts[6], sondern der Eigenthümer wird in der Fortsetzung seiner Thätigkeit gehindert[7].

3. Der gleiche Nachtheil trifft denjenigen, welcher auf einem öffentlichen Grundstück eine Thätigkeit vornimmt, von welcher ein Anderer Schaden fürchtet[8].

4. Daß auch derjenige ein Schadensersatzversprechen leisten muß, der zu einer Thätigkeit auf fremdem Grund und Boden, zu welcher er an und für sich berechtigt ist, zugelassen werden will, und daß die Leistung des Versprechens die Bedingung seiner Zulassung ist, ist bereits oben bemerkt worden[9]. Bürgschaft braucht in diesem Falle nicht bestellt zu werden[10].

b. Durch bewegliche Sachen.

§ 461.

Für Schaden, welcher Jemandem durch eines Andern bewegliche Sache zugefügt wird, kann er Ersatz nur insofern begehren, als er die Schaden stiftenden Sachen, wenn sie in seinen Besitz gelangt sind, vor geleistetem Schadensersatz nicht herauszugeben braucht[1].

---

[5] L. 24 § 12 l. 26 D. h. t., vgl. l. 21 D. de aqua et aquae 39. 3. Hesse Rechtsverhältnisse ꝛc. S. 64 (31) fg., Vangerow a. a. O. Nr. VI. 4. Seuff. Arch. XII. 124, XVIII. 12, XXVII. 93.

[6] Wie die herrschende Meinung annimmt. Die hier vertretene Meinung ist namentlich ausgeführt worden von Bachofen Pfandrecht S. 384 fg., welcher Schriftsteller aber darin zu weit geht, daß er den Ausdruck damnum vitio operis ausschließlich auf den hier verhandelten Fall bezieht. Vgl. noch Hesse a. a. O. S. 5. 153 unt. 154 (2. Aufl. S. 6. 116 fg.), Burckhard S. 42 fg. 163 fg.

[7] Durch den Richter, wenn der Eigenthümer auf den Einspruch des Gegners nicht hört — operis novi nuntiatio, interdictum quod vi aut clam. Vgl. namentlich l. 1 § 16. 17 D. de O. N. N. 39. 1. Burckhard S. 525 fg.

[8] Nur daß in diesem Falle die Leistung des Versprechens umgekehrt die Bedingung ist, unter welcher der Handelnde gerichtlichen Schutz für die Fortsetzung seiner Thätigkeit erhält. L. 1 pr. D. de ripa mun. 43. 15 in Verbindung mit l. 7 pr. D. h. t., l. 1 pr. D. de via publ. 43. 11 in Verbindung mit l. 15 § 6 D. h. t., l. 1 pr. D. de loco publ. fr. 43. 9 in Verbindung mit l. 15 § 9 D. h. t. — Ausgeschlossen ist die cautio damni infecti nach l. 15 § 10 l. 24 pr. D. h. t. in dem Fall, wo der Staat selbst die Anlage macht. Doch ist die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmung bestritten. Gegen die Anwendbarkeit Burckhard S. 662 fg.; für dieselbe das OT. zu Stuttgart bei Seuff. Arch. XXIV. 37.

[9] S. § 456 Note 17. Hierher gehört auch wohl l. 18 D. de S. P. U. 8. 2.

[10] L. 13 § 1 l. 30 pr. § 1 D. h. t. Burckhard S. 473 fg. Anders ist entschieden bei Seuff. Arch. IV. 11.

[1] L. 5 § 4 D. ad exh. 10. 4, l. 9 § 3 D. de damno inf. 39. 2, l. 8 D. § 461.

D. Zwang und Betrug.

§ 462.

Den Betrug stellt das römische Recht lediglich unter die allgemeine Kategorie der Arglist, der Betrug ist die wichtigste Art der Arglist[1]. Es gelten daher für den aus dem Betrug entstehenden An= Anspruch die in § 451 angegebenen Grundsätze[2].

Dagegen gelten für den Zwang[3], vorausgesetzt, daß er die erforderlichen[4] Eigenschaften hat, folgende besondere[5] Bestimmungen.

1. Der Zwingende haftet auf vollen Schadensersatz[6] binnen der gewöhnlichen Verjährungsfrist[7]. Wird aber innerhalb eines Jahres

---

de incend. 47. 9. Heise und Cropp Abhandlungen I S. 20 fg. (über l. 9 § 2 D. de damno inf. das. S. 422. 423), Burckhard S. 25 fg. Seuff. Arch. III. 59, IV. 53.

§ 462. [1] Vgl. § 451 Note 2.

[2] Nur Einen Fall des Betruges hebt das römische Recht besonders hervor, den Betrug desjenigen, welcher wissend, daß er nicht Tutor ist, zu einer Rechtshandlung des Mündels seine Auctorität gibt. L. 7 pr. D. quod falso tut. 27. 6. Unterholzner II § 338, Rudorff Recht der Vormundschaft II S. 295—301. Für die Römer hatte diese besondere Hervorhebung die Bedeutung, daß die actio gegen den falsus tutor nicht den in § 451 Note 10 angegebenen Beschränkungen unterlag. Für uns ist die Unterscheidung dieses Falles ohne alles Interesse. Denn das Recht des Betruges, wie es für uns gilt, ist nicht enger, sondern weiter, als das Recht dieses besonderen Falles (oder kann doch weiter sein), da die actio de dolo erst in zwei Jahren verjährt (§ 451 Note 5), die actio gegen den falsus tutor dagegen bereits in einem Jahre (tauglicher Zeit, l. 9 § 1 D. tit. cit.).

[3] Dig. 4. 2 quod metus causa gestum erit. Cod. 2. 19 [20] de his quae vi metusve causa gesta sunt. — Schliemann die Lehre vom Zwange S. 15—52. Kramer de leer van den psychischen dwang (Inauguralabhandlung 1864) S. 199 fg. Glück V S. 468 fg.; Unterholzner II § 339—341, Sintenis II S. 743—745. [Gradenwitz die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte (1887) S. 9—64.]

[4] Sie sind I § 80 Note 6 angegeben.

[5] Anwendbarkeit der actio doli: l. 14 § 13 D. h. t., — der condictio ob turpem causam: l. 4 § 2 l. 7 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5 (§ 423 Note 4).

[6] L. 9 § 7. 8 l. 10 § 1 l. 12 pr. l. 12 § 2 l. 21 § 2 D. h. t.; l. 4 C. h. t. Er haftet unabhängig von aller Bereicherung: l. 14 § 5 D. l. 1 C. h. t.

[7] Die actio quod metus causa ist nach classischem Recht actio perpetua, l. 14 § 1 D. h. t. Allerdings heißt es, daß dieselbe post annum nur dann gegeben werden solle, wenn keine andere actio zu Gebote stehe (l. 14 § 1. 2 D. l. 4 C. h. t., Schneider subsidiäre Klagen S. 377 fg.); aber es ist nicht abzusehen, wie von diesem Satze noch heutzutage Gebrauch gemacht werden könnte, da auch aus dem Zwang als solchem nicht Mehr verlangt werden kann, als Ersatz des erlittenen Schadens. — Die Erben haften, wie bei allen andern Delictsansprüchen, nach römischem Recht auf die Bereicherung (l. 16 § 2 l. 17. 19. 20 D. h. t.), nach heutigem auf den Bestand der Erbschaft (§ 359 Note 15. 16). [Bereicherung; aber „sufficit semel pervenisse“, durch Verzehrung wird der Erbe nicht frei. L. 17 cit. Gradenwitz S. 42.]

(tauglicher Zeit[8]) gegen ihn geklagt, so trifft ihn der fernere Nachtheil, daß er, wenn er bis zum Urtheil hartnäckig bleibt, auf das Vierfache verurtheilt wird[9]. Ob die erzwungene Handlung eine Rechtshandlung ist, oder eine Handlung thatsächlicher Natur, ist gleichgültig[10].

2. Aus dem Zwange entsteht ferner ein Anspruch gegen den dritten Unschuldigen, welcher dasjenige in Händen hat, was dem Gezwungenen durch den Zwang entzogen worden ist[11], oder welcher es arglistigerweise wieder verloren hat[12] — auf Herausgabe des in seinen Händen Befindlichen oder in der angegebenen Weise wieder Verlorenen. Auch dieser Anspruch verjährt in der gewöhnlichen Zeit und steigert sich ebenfalls binnen eines Jahres durch hartnäckige Verweigerung der Restitution auf das Vierfache[13]. Dieser Anspruch setzt aber voraus, daß die erzwungene Handlung eine Rechtshandlung sei[14].

E. Verkürzung der Gläubiger.

§ 462a.

Für diese Materie bildet gegenwärtig das römische Recht nicht mehr das gemeine Recht Deutschlands. Dasselbe beruht vielmehr auf der Reichsconcursordnung § 22—34, und was die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners außerhalb des Concursverfahrens angeht, auf dem gleichzeitig mit der Concursordnung in Kraft getretenen Reichsgesetz vom 21. Juli 1879. Doch ist im Folgenden das frühere gemeine Recht noch dargestellt. Die hauptsächlichen Abweichungen des Reichsrechts sind in § 463a angegeben.

1. Das frühere gemeine Recht*.

§ 463.

Wenn ein Schuldner in der Absicht, seine Gläubiger zu verkürzen, eine Vermögensentäußerung vornimmt, so haftet nicht bloß

[8] L. 14 § 2 D. l. 4 C. h. t.

[9] L. 14 § 1. 4. 7. 9. 10. 14 D. l. 4 C. h. t. Die heutige Anwendbarkeit dieses Satzes ist freilich sehr bestritten, und jedenfalls ist er nicht mehr in lebendigem Gebrauch. S. § 263 Note 13. 15.

[10] Dieß wird gewöhnlich nicht beachtet. Aber s. l. 9 § 2 D. h. t. („vel aedificii depositionem"), l. 9 pr. eod. („si forte adhibita manu in meo solo per vim aedifices . . scilicet quoniam metu patior id te facere"). Schliemann S. 38—40, Kramer p. 56. 105 sqq.

[11] L. 9 § 1. 8 l. 10 pr. l. 11 l. 14 § 3. 5 D. h. t.; vgl. l. 3 C. h. t.

[12] L. 14 § 5 l. 18 D. h. t.

[13] L. 14 § 3 D. h. t. S. Note 9.

[14] Schliemann S. 40 Note 15.

* Dig. 42. 8 quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur.

er selbst den Gläubigern, sondern unter gewissen Bedingungen auch derjenige, zu Gunsten dessen er die Vermögensentäußerung vorgenommen hat[1]. Von praktischer Bedeutung ist natürlich allein das Letztere, da der Schuldner den Gläubigern ohnehin verpflichtet ist[1a].

Cod. 7. 75 de revocandis his quae in fraudem creditorum alienata sunt. — Dabelow ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 375—477 (1801). Reinhardt Vermischte Aufsätze Heft 2 Nr. 29 (1823). v. Schröter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VI S. 131—137 (1833). Franke Arch. f. civ. Pr. XVI S. 125 fg. 251 fg. (1833). Laspeyres das. XXI S. 35 fg. (1838). Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIV S. 1 fg. (1857). Rudorff Zeitschr. für RGesch. VIII S. 62—99 (1869). Huschke das. IX S. 329—366 (1870). Reinhart die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger (1871; darüber Czyhlarz und Brinz krit. VJSchr. XV S. 83 fg.). O. Schönemann die Paulianische Klage (1873). Hasenbalg die Lehre von der Paulianischen Klage (1874; darüber Eck Jena. Lit. Zeit. 1874 S. 588 fg.). A. Maierini della revoca degli atti fraudolenti fatti in preiudizio dei creditori. Firenze 1874. O. Fischer Anwendbarkeit der actio Pauliana auf Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt und Pfandbestellung (1875). v. Schey Zeitschrift für RGesch. XIII S. 120—195 (1878). Otto die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche ein Schuldner, zu dessen Vermögen Konkurs nicht eröffnet ist, zum Nachtheil seiner Gläubiger vornimmt, nach gemeinem, sächsischem und deutschem Reichsrechte (1881; darüber Eck Zeitschr. für Handelsrecht XXIX S. 296 fg.). Grützmann das Anfechtungsrecht der benachtheiligten Konkursgläubiger nach gemeinem Rechte und nach der Reichs-Konkursordnung (1882; darüber Hellmann krit. VJSchr. XXVII S. 91 fg.). Außerdem gehören hierher die Inaugural-Dissertationen von Mankiewicz (Halle, S. a., 1875?) und von Claasen (Freiburg, 1879). [Enrico Serafini della revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore secondo il diritto romano, vol. I 1887, vol. II 1889. Ueber den ersten Band Schneider krit. VJSchr. XXX S. 60 fg.] Unterholzner II S. 92—100. 141, Sintenis II S. 734—738, Brinz 1. Aufl. § 123. 2. Aufl. II § 345. — Ueber die actio Fabiana und die actio Calvisiana s. Francke Notherbenrecht S. 486 fg., Schmidt Pflichttheilsrecht des Patrons S. 92 fg.

§ 463. [1] Das Prätorische Edict, die Quelle der hierher gehörigen Bestimmungen, stellte den Gläubigern für den bezeichneten Fall sowohl eine actio zur Verfügung (l. 1 pr. D. h. t.), als ein interdictum (l. 10 pr. D. h. t.). Die actio wird in l. 38 § 4 D. de usur. 22. 1 Pauliana actio genannt; das interdictum kommt sonst unter dem Namen fraudatorium interdictum vor (l. 69 [67] § 1 D. ad Sc. Treb. 36. 1, l. 96 pr. D. de solut. 46. 3, l. 1 C. Th. de integri rest. 2. 26). Am Schlusse der zweiten Edictsstelle (l. 10 pr. cit.) wird noch eine actio in factum gegen den unschuldigen Erwerber versprochen, und in der Interpretation dieser Edictsstelle wird eine actio in factum auch gegen den der Arglist theilhaftigen Erwerber als das zutreffende Rechtsmittel behandelt. Das Verhältniß dieser verschiedenen Rechtsmittel zu einander ist nicht klar. Die gewöhnliche Ansicht, wie sie neuerdings von Reinhart vertreten wird, geht dahin, daß die actio Pauliana und die actio in factum identisch seien, und daß von beiden das interdictum fraudatorium nur processualisch (nach classischem Recht), nicht aber materiell verschieden sei. Abweichende Ansichten nach sehr verschiedenen Richtungen haben Rudorff, Huschke und v. Schey entwickelt, worüber man sich am kürzesten aus dem Aufsatz des letztgenannten Schriftstellers unterrichten kann. Otto S. 1 fg., Grützmann S. 3 fg. Die Ansicht Lenel's Ed. perpetuum S. 398 geht dahin, die actio in factum sei der Ausdruck der Compi-

1. Vermögensentäußerung. Wie dieselbe geschieht, ist gleichgültig. Ein Hauptfall ist der der Veräußerung im engeren Sinn, d. h. der Rechtsübertragung[2]; aber ebenso gehört hierher der Fall der bloßen Aufgabe eines Rechts, mag dieselbe direct[3] oder indirect[4] geschehen,

---

latoren für das interdictum. Eine Uebersicht der älteren Literatur bei Mankiewicz. S. auch unten in dieser Note 1a. 6. 15. 17. 21. 25. [Neueres: Dernburg Pand. § 144, Serafini in der Note* citirten Schrift, Ubbelohde Fortsetzung von Glück Bücher 43 u. 44 I S. 167 fg. Dernburg: es sei unterschieden worden zwischen dem ordentlichen Concurs mit venditio bonorum und dem außerordentlichen mit Liquidation durch Curatoren. Serafini: es sei unterschieden worden zwischen Veräußerungen vor der missio in bona (interdictum fraudatorium, actio in factum, actio Pauliana) und Veräußerungen nach der missio (actio der l. 1 pr. h. t., actio in rem). Gegen Dernburg Enrico Serafini Arch. giuridico XXXVIII p. 119 s., vgl. Schneider krit. VJSchr. XXXII S. 251 fg.] Die Frage hat lediglich rechtshistorische Bedeutung. Wie es sich auch im römischen Recht verhalten haben mag, so haben wir jedenfalls heutzutage keinen Grund, zwischen den genannten Rechtsmitteln zu unterscheiden: der Kläger kann heutzutage verlangen, was dem Römer das eine und das andere derselben gewährte. — Was im Besonderen das Interdict betrifft, so ist Huschke der Ansicht, dasselbe sei eingeführt worden, um den Gläubigern eine schleunigere Rechtshülfe zu gewähren, jedoch nur zum Zwecke der Zurückziehung der entzogenen Sachen zum Concursvermögen, um mit diesem verkauft zu werden; im Grundgedanken übereinstimmend, obgleich im Detail abweichend, v. Schey. Auch in der Praxis wird wohl mit Anknüpfung an das Interdict zu dem bezeichneten Zwecke ein schleuniges Rechtsmittel gewährt, aber nur als provisorisches, und im Uebrigen mit dem Recht der Pauliana. Huschke S. 129, Otto S. 163 (s. aber auch Petzold Zeitschr. f. Rechtspfl. und Verwalt. für das KR. Sachsen N. F. XIX S. 485 Note 51). — Ueber die in integrum restitutio wegen alienatio in fraudem creditorum s. I § 116 Note 2 und vgl. unten Note 15.

[1a] Deßwegen ist von diesem Fall in den Quellen kaum die Rede. S. l. 1 pr. i. f. l. 10 § 24 l. 12 l. 25 § 7 D. h. t., l. [69] 67 § 1 D. ad SC. Treb. 36. 1. Vgl. übrigens auch Gimmerthal Arch. f. prakt. RW. N. F. III S. 225 fg., v. Schey S. 147 fg., Otto S. 158, Grützmann S. 75, Lenel Ed. perpetuum S. 352. (Die von Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. S. 101 aufgestellte Behauptung, daß das Interdict nicht gegen den Fraudator selbst gewährt worden sei, gründet sich auf die von diesem Schriftsteller dem Interdicte beigelegte specifische Function [Note 1], und auf die restitutorische Natur desselben. Aber auch die actio in factum war restitutorisch, und s. l. 10 § 24 cit. Huschke's Auslegung von l. 69 [67] § 1 cit. ist zwar nicht unmöglich, aber trägt in die Stelle eine Beschränkung hinein, welche sie nicht ausspricht. Vgl. auch v. Schey S. 169.)

[2] Vgl. I § 69 zu Note 9. L. 1 § 2 D. l. 1 C. h. t.; l. 3 pr. l. 9 D. l. 2. 3. 5 C. h. t., l. 43 § 7 D. de aed. ed. 21. 1, l. 8 § 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Bestellung eines das Eigenthumsrecht beschränkenden Rechts: l. 10 § 13 l. 22 D. h. t.

[3] Aufgeben eines Pfandrechts, l. 2 l. 18 D. h. t., — eines Nießbrauchs, l. 10 § 15 D. h. t., — eines Forderungsrechts, l. 1 § 2 l. 3 pr. l. 17 pr. D. h. t., l. 9 § 5 D. de iurei. 12. 2.

[4] Nichtunterbrechen einer Verjährung, l. 3 § 1 l. 4 D. h. t.; absichtliche Herführung des Verlustes eines Processes, l. 3 § 1 D. h. t. (vgl. l. 1 § 7 D. si quid in fraud. patr. 38. 5); Dereliction einer Sache, damit sie ein Anderer occupire, l. 5 D. h. t.

so wie der Fall der Begründung einer dinglichen oder obligatorischen Last[5]. Auch auf rein factischem Wege, durch Vernichten oder Verderben von Sachen, kann eine Vermögensentäußerung bewirkt werden; doch ist dabei die Verhaftung eines Dritten natürlich ausgeschlossen[6]. Dagegen gilt bloße Abweisung eines Erwerbes als Vermögensentäußerung nicht[7]; nur zu Gunsten des Fiscus wird in dieser Beziehung eine Ausnahme gemacht[8]. Daß der Entäußerung ein entsprechender Erwerb des Entäußernden gegenübersteht, schließt den Begriff der Entäußerung nicht aus[8a].

2. Vermögensentäußerung in der Absicht, die Gläubiger zu ver-

[5] L. 1 § 2 l. 3 pr. l. 6 § 6 l. 10 § 13 l. 22 D. h. t. — Im Fall der Begründung einer Obligation ist jedoch der einfachere Weg der Rechtshülfe der der Zurückweisung der Forderung aus dem Concurse (exceptio, denegatio actionis). L. 25 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 9 § 5 D. de iurei. 12. 2. Vgl. Huschke S. 26—29, Voigt condictiones ob causam Note 752. 753, Schmidt a. a. O. S. 104, v. Schey S. 151 fg., Otto S. 52 fg.

[6] L. 25 § 7 D. h. t. — Das Prätorische Edict spricht bei der Aufstellung der actio von einem *gerere* fraudationis causa, bei der Aufstellung des Interdicts von einem *facere* fraudandi causa. Nach der Meinung Huschke's (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. S. 81 fg.) ist dieser letztere Ausdruck mit Absicht gewählt, um dadurch auch den Fall der bloß factischen Vermögensverminderung (l. 25 § 7 cit.), so wie den Fall der indirecten Vermögenszuwendung zu treffen (l. 5 D. h. t.). Das mag sein; obgleich doch Ulpian bei der Erläuterung der die actio gewährenden Edictsstelle das gerere ganz unbedenklich mit facere wiedergibt (l. 1 § 2 l. 3 § 1. 2 l. 6 § 8 D. h. t.). Vgl. noch l. 1 pr. § 3 D. si quid in fraud. patr. 38. 5 und s. l. 58 pr. D. de V. S. 50. 16. Wenn aber Huschke hierauf, unter Herbeiziehung der Erzählung bei Cic. de orat. II. 69 § 280, eine Vermuthung über den Urheber des Interdicts baut (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. S. 1—25. 121, vgl. Zeitschr. f. RGesch. S. 332 fg.), so scheint mir das eine fast mehr als kühne Combination zu sein. Gegen Huschke auch Schmidt a. a. O. S. 98 Note 12, Reinhart S. 42 fg., v. Schey S. 144.

[7] L. 6 pr. — § 5 D. h. t., l. 69 [67] § 1 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 134 pr. D. de R. I. 50. 17. Vgl. l. 1 § 6 D. si quid in fraud. patr. 38. 5. Als Abweisung eines Erwerbes gilt auch der Verzicht auf ein Vermächtniß, l. 6 § 4 h. t. Otto S. 32, Grützmann S. 22 Note 70. Vgl. Holzschuher III § 232 Nr. 8. Seuff. Arch. XXXVII. 313.

[8] L. 45 pr. D. de I. F. 49. 14.

[8a] L. 3 § 2 D. h. t.: — qui aliquid fecit, ut desinat habere quod habet, ad hoc edictum pertinet". Deßwegen haftet namentlich der Käufer nicht minder, als der Beschenkte, ja er erhält selbst das gezahlte Kaufgeld nur dann zurück, wenn es noch im Vermögen des Schuldners vorhanden ist, l. 8 D. h. t. — Es enthält jedoch die gegen ein entsprechendes Aequivalent erfolgende Entäußerung an sich keine Verkürzung der Gläubiger (Ziff. 3), und die Verkürzungsabsicht (Ziff. 2) setzt die fernere Absicht des Schuldners voraus, das Aequivalent den Gläubigern zu entziehen. — Aus dem Gesagten folgt, daß der in früheren Auflagen dieses Lehrbuchs gebrauchte Ausdruck „Vermögensverminderung" ungenau und irreführend ist. Wirklich irre geführt worden ist durch denselben Hasenbalg a. a. O. S. 19 fg. Dagegen Otto S. 47 fg. Seuff. Arch. XII. 113, XXI. 184, XXVIII. 90, XXIX. 197, XXXVI. 70. Vgl. noch v. Schey S. 136 fg.

kürzen[9]. Diese Absicht ist regelmäßig anzunehmen, wenn der Schuldner, welcher die Vermögensentäußerung vornimmt, weiß, daß er zahlungsunfähig ist, oder sich durch die Vermögensentäußerung zahlungsunfähig macht[10], wie sie andererseits dieses Bewußtsein regelmäßig voraussetzt[10a].

3. Die Verkürzungsabsicht muß wirklich erreicht worden sein[10b], und zwar an demselben Vermögen, an welchem die Entäußerung vorgenommen worden ist[11], und denjenigen Gläubigern gegenüber, welche zur Zeit der Entäußerung Gläubiger waren[12].

---

[9] L. 1 pr. D. h. t.: „fraudationis causa", l. 10 pr. D. h. t.: „fraudandi causa", § 3 I. qui et quib. ex caus. 1. 6: „animo fraudandi". Vgl. l. 79 D. de R. I. 50. 17. Ist auch erforderlich das Bewußtsein von der Widerrechtlichkeit dieser Absicht? Ja: Otto S. 101; nein: Entscheid. des RG. IX S. 73 (= Seuff. Arch. XXXVIII. 312). Nicht ist erforderlich, daß die Entäußerung zu dem Zwecke vorgenommen worden sei, um die Gläubiger zu schädigen. Otto S. 97 (und Citate das.), Grützmann S. 35 fg.

[10] L. 17 § 1 D. h. t. Die Verkürzungsabsicht ist in den genannten Fällen regelmäßig anzunehmen: anders aber z. B., wenn der Schuldner veräußert in der Hoffnung, durch den Erlös des veräußerten Gegenstandes den Concurs abwenden und demnach vielleicht zur vollen Befriedigung der Gläubiger gelangen zu können. Doch ist dieß ein bestrittener Punkt. Für die hier vertretene Meinung (anders frühere Ausgaben): Dernburg Pfandrecht I S. 198 fg., Reinhart S. 4 fg., Fischer S. 4 fg., v. Schey S. 131 fg., Otto S. 102 fg. 186, Grützmann S. 36 fg. Seuff. Arch. III. 249, VII. 268, XXI. 184, [XLIII. 22 (RG.)]. Buchka und Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock V S. 284 fg. IX S. 136 fg. A. M. Scheurl krit. VJSchr. II S. 444, Hasenbalg S. 39 fg. Seuff. Arch. XXXI. 88 (ROHG.). [Begriff der Zahlungsunfähigkeit: Seuff. Arch. XLIII. 192 (RG.).]

[10a] Aber nicht nothwendig. „Wenn (ein noch solventer Schuldner) z. B. in naher Zukunft einen bedeutenden Vermögensverlust erwartet, den Untergang eines von ihm befrachteten Schiffes oder sonst den Ausgang eines gewagten Geschäftes fürchtet, und nun einem seiner Gläubiger eine Hypothek bestellt, um ihn vor den übrigen gegen die Folgen dieses erwarteten oder nur befürchteten Vermögensverlustes zu sichern, so ist an seinem Bewußtsein, daß diese Hypothekbestellung die übrigen Gläubiger benachtheiligen werde oder könne, nicht zu zweifeln, der animus fraudandi des Schuldners daher als vorhanden anzunehmen". Erk. des OAG. zu Oldenburg bei Seuff. Arch. V. 95. Otto S. 104 fg., Grützmann S. 44 fg. [Vgl. Seuff. Arch. XLIV. 182 (RG.).]

[10b] L. 10 § 1 D. h. t. „Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum causa factum est, si eventum fraus habuit". Grützmann S. 13—27. Seuff. Arch. I. 393, III. 247. 248, V. 95, XII. 113, XIII. 307. Vgl. noch l. 10 § 10 D. h. t., l. 8 D. de tutel. 26. 1.

[11] L. 10 § 9 D. h. t. „Si fraudator heredem habuit et heredis bona venierint, non est in bonis quibus de agitur factum et ideo cessat haec actio". Vgl. l. 10. § 10. 11 eod. Grützmann S. 30 fg.

[12] Ihnen stehen diejenigen Gläubiger gleich, mit deren Geld sie befriedigt worden sind. Wenn aber der geschädigte Gläubiger anderweitig befriedigt worden ist, so hat ein späterer Gläubiger das Anfechtungsrecht nicht. L. 10 § 11. 15. 16 D. h. t.; vgl. l. 1 § 27 si quid in fraud. patr. 38. 5. Die citirten

4. Ein Anspruch gegen den Dritten, zu Gunsten dessen die Vermögensentäußerung vorgenommen worden ist, ist begründet:

a) wenn der Dritte die betrügerische Absicht der Vermögensentäußerung gekannt hat[13]. In diesem Falle haftet er auf vollen Ersatz des den Gläubigern Entzogenen[14], wenn er es nicht mehr hat, nach den Grundsätzen vom Interesse[15], in gleicher Weise selbst dann,

---

Stellen sind im Ausdruck nicht genau; sie sagen, es sei nothwendig, daß die Verkürzungsabsicht in der Person derjenigen Gläubiger erreicht worden sei, auf deren Schädigung die Absicht gerichtet gewesen sei. Hiernach würde ein zur Zeit der Anfechtung vorhandener Gläubiger das Anfechtungsrecht nicht haben, wenn seine Forderung dem Schuldner unbekannt gewesen wäre, was gewiß nicht die Meinung der Quellen ist. Es ist das Verdienst Grützmann's S. 19. 40 fg., dieß ausgeführt zu haben. Seuff. Arch. XXV. 95.

[13] L. 1 pr. D. h. t.: „cum eo qui fraudem non ignoraverit"; l. 10 pr. D. h. t.: „sciente te"; l. 10 § 1 D. h. t.: „si particeps fraudis est". L. 5 C. h. t. Näheres: l. 6 § 8 l. 10 § 2—8, l. 25 § 3 D. h. t. Otto S. 109 fg., Grützmann S. 58 fg.

[14] L. 38 § 4 D. de usur. 22. 1: — „nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset". L. 10 § 22 D. h. t.: — „generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerunt sive obligationes, ut perinde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset". L. 10 § 15. 23 l. 14 pr. l. 17 pr. l. 18 D. h. t.

[15] Es gilt das Gleiche, wie bei der actio doli (§ 451 Note 4). Die Kategorie des dolus wird auf den Erwerber geradezu angewendet in l. 9 pr. D. h. t. Allerdings paßt sie in den Fällen nicht, wo der Erwerber zur Entäußerung nicht mitgewirkt hat (l. 25 pr. § 2 h. t.. auch l. 3 § 1 D. h. t. kann hierher bezogen werden); aber die Quellen enthalten keine Andeutung davon, daß in diesen Fällen die scientia anders zu behandeln sei, als in den Fällen, wo sie geradezu dolus ist. Vgl. hierzu Grützmann S. 60 fg. 95. Seuff. Arch. XXIX. 198. S. noch l. 25 § 1 D. h. t.: der Empfänger hat mit der Auflage der Herausgabe an einen Dritten erhalten, und dieser Auflage genügt; er haftet nichtsdestoweniger. Wenn es in l. 9 D. h. t. heißt, daß der Empfänger, wenn er das Erhaltene verkauft habe, das Kaufgeld herausgeben müsse, so ist damit nicht gesagt, daß er bloß das Kaufgeld herausgeben müsse, falls damit das Interesse der Gläubiger nicht vollständig gedeckt ist. So wird auch in l. 14 D. h. t. dem Empfänger die Verpflichtung auferlegt, den Anspruch, welchen er gegen einen Dritten in Betreff des Erhaltenen habe, herauszugeben, obgleich er unzweifelhaft nicht minder auf das Erhaltene selbst haftet. — Huschke (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. S. 49 fg. 100—103) behauptet, daß bloß das Interdict und die actio in factum unabhängig vom Besitze des Beklagten seien, nicht dagegen die actio Pauliana, während umgekehrt v. Schey S. 169 zwar die actio Pauliana gegen den Nichtbesitzer gewähren will, nicht aber das interdictum fraudatorium. — Die Ansicht von Huschke ist näher diese. Die actio Pauliana sei actio rescissoria *in rem*, und nicht bloß, wenn damit ein dingliches Recht zurückgefordert werde (auf welchen Fall Huschke § 6 I. de act. 4. 6 bezieht, vgl. Note 1 a. E.), sondern auch in allen andern Fällen; denn sie mache immer das Recht der Gläubiger am Vermögen geltend, und sei daher zu vergleichen mit der hereditatis petitio. Gegen diese Auffassung spricht das ausdrückliche Zeugniß der l. 38 § 4 in Verbindung mit dem pr. D. de usur. 22. 1, welche Stelle Huschke (S. 51. 52) sehr kurzweg

wenn er es niemals gehabt hat[16]. Mit dem Empfangenen muß er allen Gewinn herausgeben, welchen er davon gezogen hat[17], oder welchen der Schuldner davon hätte ziehen können[18]. Für Gegenleistungen, welche er für den Erwerb gemacht hat, kann er seinerseits Ersatz nur dann verlangen, wenn sie noch vorhanden sind[19]. Ersatz

---

beseitigt; für dieselbe, so viel ich sehe, nur die Paraphrase des Theophilus zu der gedachten Institutionenstelle, und auch diese nur was den speciellen daselbst erwähnten Fall angeht. Voigt condictiones ob causam S. 784 fg., welcher die actio Pauliana für eine rescissorische Klage erklärt, freilich für in rem nur bei Veräußerung eines dinglichen Rechts, läßt den Nichtbesitzer als fictus possessor haften, wozu doch l. 9 D. h. t., welche Voigt hierher bezieht, sehr schlecht paßt. In Betreff von l. 38 D. de usur. cit. ist Voigt nicht überzeugender (Note 754) als Huschke. Für die rescissorische actio in rem auch Brinz (1. Aufl. § 123, 2. Aufl. II § 345 Note 12. 15, vgl. krit. VJSchr. XV S. 87), welchem folgt Spaltenstein Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 16 fg.; ebenso Lenel Ed. perpetuum S. 352. [Dernburg II § 145 Note 13. Serafini Note *.] Dawider Schmidt Pflichttheilsrecht des Patrons S. 96 Note 10, Reinhart S. 8. 33 fg., v. Schey S. 125 fg. 190 fg., Otto S. 4 fg., Grützmann S. 7 fg. Ich bleibe dabei stehen, daß § 6 I. de act. 4. 6 von einer vorgängigen Restitution zu verstehen ist.

[16] L. 25 § 3 D. h. t. Unterholzner S. 95, Huschke S. 103, Otto S. 157. A. M. Sintenis Anm. 30.

[17] L. 10 § 19—21 D. h. t., l. 38 § 4 D. de usur. 22. 1. Nach l. 25 § 4—6 D. h. t. sollen aber bloß die bereits zur Zeit der Veräußerung vorhandenen Früchte herausgegeben werden müssen, ja es scheint, daß die betreffende Edictsstelle in dieser Beziehung eine ausdrückliche Bestimmung enthalten habe (l. 25 § 6 cit. „Fructus autem fundo cohaesisse, non satis intellegere se Labeo ait, utrum duntaxat qui maturi, an etiam, qui immaturi fuerint, praetor significet"). Wie es sich hiermit verhalte, bleibt dunkel. Die Annahme, daß in der zuletzt genannten Stelle nur von der Klage gegen den redlichen Erwerber die Rede sei (Unterholzner S. 98 fg., Reinhart S. 143), scheint mir ebensowenig gerechtfertigt, wie die von Göppert (über die organischen Erzeugnisse S. 229 fg.), daß die zuerst genannten Stellen auf die Zeit vor dem Proceßbeginn zu beziehen seien. (In Betreff der l. 38 § 4 cit. fügt Göppert mit einem „oder" hinzu, daß sie „wegen ihrer oberflächlich eilenden Aufzählung" keinen besonderen Werth habe.) Huschke (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. S. 105 fg.) ist der Ansicht, daß die Beschränkung auf die fructus cohaerentes eine Eigenthümlichkeit der actio in factum gegenüber dem Interdict und der actio Pauliana gewesen sei, indem nämlich auch in l. 10 § 19—21 D. h. t. unter fructus nur fructus cohaerentes zu verstehen seien! Vgl. hiergegen namentlich auch § 22 das.: „generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum" in Verbindung mit l. 38 § 4 D. de usur. 22. 1: praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset", und mit dem weitern Inhalt des § 22. Eine neue Erklärung, welche Grützmann S. 82 fg. versucht, scheitert abgesehen von Anderem schon daran, daß sie den Verf. nöthigt, in l. 10 § 20 D. h. t. die Worte „a fraudatore" als Interpolation zu streichen. Eher muthet an die Erklärung aus der Wortfassung des interdictum fraudatorium, Schmidt Interdictenverfahren S. 42, v. Schey S. 164 fg.

[18] L. 10 § 20. 22 D. h. t. A. M. Huschke S. 70. 105 fg.

[19] L. 7. 8 D. h. t. Die Gegenleistung ist auch dann noch vorhanden, wenn

für Verwendungen kann er nur dann verlangen, wenn dieselben nothwendig waren[20]. — Jedoch haftet der Erwerber in dieser Strenge nur binnen eines Jahrs (tauglicher Zeit), gerechnet von dem Zeitpunkt an, wo der Ausfall in der Befriedigung der Gläubiger festgestellt ist[21], später bloß auf die jetzt noch vorhandene Bereicherung[22]. Seine Erben haften nach der für Delictsansprüche geltenden Regel[23].

b) Hat der Erwerber die betrügerische Absicht der Vermögensentäußerung nicht gekannt, so haftet er von vornherein nur auf die jetzt noch vorhandene Bereicherung[24].

---

das für sie Erworbene vorhanden ist. Seuff. Arch. XII. 113, XXI. 184, XXVIII. 90, XXIX. 197, XXXII. 93.

[20] L. 10 § 20 D. h. t. Ius tollendi wegen anderer Verwendungen vorbehalten.

[21] Als dieser Zeitpunkt erschien im römischen Recht der Zeitpunkt des Güterverkaufs. L. 10 § 18 D. h. t. „Annus huius in factum actionis computabitur ex die venditionis bonorum". Nach heutigem Recht erfolgt die gleiche Feststellung bereits durch den Distributionsbescheid. Kommt es nicht zum Concurse, so wird auf die fruchtlos ausgefallene Execution gesehen werden müssen. Vgl. Schönemann S. 50 fg. Seuff. Arch. XIX. 290. 291, XXVIII. 270. Entscheid. des RG. IV S. 34. — In l. 6 § 14 D. h. t. heißt es einfach, daß die Verjährung laufe: „ex die factae venditionis". Huschke Zeitschr. für Civ. u. Pr. S. 64 fg. versteht das Letztere von der fraudulösen Veräußerung, und begründet hierauf einen weiteren Unterschied zwischen der actio in factum und der actio Pauliana. Dawider spricht daß der genannte § 14 am Ende einer Ausführung steht, welche durchweg von Rechtsgeschäften überhaupt handelt, und dafür gewiß nicht, was Huschke geltend macht, daß die actio Pauliana in erster Linie dem curator bonorum, der doch mit dem Güterverkaufe aufhöre, versprochen sei; war ja, wie auch Huschke annimmt, die actio Pauliana nicht minder den Gläubigern selbst zugänglich. Wie Huschke auch Rudorff (vgl. Note 1). Dawider Reinhart S. 52 fg., v. Schey S. 156 fg. Dieser letztere Schriftsteller läßt zwar die actio Pauliana von der Zeit der venditio bonorum an verjähren, das interdictum fraudatorium aber von der Zeit der Immission, S. 173 fg. [Serafini (Note *): die Verjährung der actio in rem läuft von der Zeit der Veräußerung, die der actio in personam (actio Pauliana) von der Zeit der venditio bonorum.] — Daß das Jahr utiliter berechnet werde: l. 1 pr. l. 6 § 14 D. h. t. Für die Verwandelung des annus utilis in ein quadriennium continuum nach l. 7 C. de temp. i. i. r. 2. 52 [53] Seuff. Arch. XVIII. 288, XIX. 290. 291.

[22] L. 10 § 24 D. h. t.

[23] Römisches Recht: l. 10 § 25 l. 11 D. h. t. Heutiges Recht: § 359 Ziff. 2. Seuff. Arch. XXX. 204. — Häufig wird angenommen (Sintenis Anm. 34, Brinz 2. Aufl. II S. 832, Arndts § 228 Anm. 4, v. Schey S. 147, Francke Arch. f. civ. Pr. LXII S. 468 fg., Otto S. 113 fg., Grützmann S. 76 fg.), auch der Sondernachfolger hafte, wenn er in böſem Glauben erworben habe. Mir erscheint der Schluß a contrario aus l. 9 D. h. t., auf welchen dieser Satz gestützt wird, zu wenig zwingend. Dawider auch Huschke S. 58. Dafür Seuff. Arch. XX. 98, XXVIII. 92, XXXIII. 357.

[24] L. 10 pr. D. h. t.: — „interdum causa cognita, etsi scientia non sit, in factum actionem permittam". L. 5 C. h. t.: — „contra . . . eum, qui

5. Der Anspruch kann vor und nach Eröffnung des Concurses, und nach Eröffnung des Concurses nicht bloß von der Gesammtheit der Gläubiger bez. deren Vertreter, sondern auch von einem einzelnen Gläubiger geltend gemacht werden[25].[26] Wird die Vermögensentäuße-

ex lucrativo titulo possidet, scientiae mentione detracta". Schenkung: l. 6 § 11 D. l. 3 C. h. t.; Vermächtniß: l. 6 § 13 D. h. t.; Bestellung einer Dos, in welcher aber bloß eine Schenkung an die Frau liegt, nicht an den Mann, l. 10 § 14 l. 25 § 1. 2 D. h. t. Erwerb durch einen Andern: l. 6 § 12 l. 10 § 5 l. 25 pr. D. h. t. Haftung auf die Bereicherung: l. 6 § 10—12 l. 10 § 5 D. h. t. Andere stellen die Regel enger als hier geschehen, und wollen nur den Erwerber aus Schenkung oder nur den Erwerber aus lucrativen Geschäften haften lassen. Vgl. Otto S. 123 fg., Grützmann S. 65 fg. — Seuff. Arch. XI. 106, XVI. 273, XXXIII. 91. — Vgl. l. 1 § 12—14. 16. 24 l. 10 D. si quid in fraud. patr. 38. 5. Schmidt a. a. O. S. 118—119.

[25] Als der Normalfall erscheint der Fall, daß der Anspruch nach Eröffnung des Concurses von dem curator bonorum geltend gemacht wird. L. 1 pr. D. h. t. „Quae fraudationis causa gesta erunt . . . de his curatori bonorum . . . actionem dabo". Der Prätor fährt aber fort (l. 1 pr. cit.): „vel ei cui de ea re actionem dari oportebit". In dem zweiten Edict (l. 10 pr. D. h. t.) verweist der Prätor auf dieses erste. Ein einzelner Gläubiger als Kläger erscheint in l. 10 § 6 D. l. 1 C. h. t., l. 96 pr. D. de sol. 46. 3, l. 1 C. Th. de integri rest. 2. 16. — Es ist jedoch nicht unbestritten, daß der Anspruch auch vor Eröffnung des Concurses erhoben werden könne, und namentlich Huschke (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. S. 39 fg. 94 fg., vgl. Zeitschr. f. RGesch. S. 393, s. außerdem Schweppe System des Concurses § 33, Laspeyres a. a. O. S. 40) hat die Behauptung aufgestellt, daß der Anspruch nur einem immittirten Gläubiger zustehe. Huschke gründet diese Behauptung, abgesehen von Schlüssen aus der Natur der actio Pauliana und des interdictum fraudatorium, wie er diese Natur construirt (Note 1. 15): a) auf § 6 I. de act. 4. 6, s. darüber I § 116 Note 2 und oben Note 1 und 15; b) auf l. 10 § 1. 9. 10. 18 l. 25 § 7 D. l. 5 C. h. t., aus welchen Stellen hervorgehe, daß die actio in factum von den immittirten Gläubigern sogar erst nach dem Güterverkauf habe erhoben werden können. Das Letztere könnte richtig sein, ohne daß deßwegen die Regel für das heutige Recht anders gestellt werden müßte, als geschehen ist (Note 1); aber auch in jener Beziehung darf gefragt werden, ob die erwähnten Stellen in der That die actio in factum auf die Zeit nach dem Güterverkaufe haben beschränken wollen. Für die gleiche Meinung ist neuerdings auch v. Schey S. 152 fg. aufgetreten, ebenso Grützmann S. 71 fg. Andere gewähren nach heutigem Recht die actio Pauliana bei Concurs oder fruchtloser Execution, so Günther in Weiske's RLex. II S. 785 fg., Fitting Arch. für civ. Pr. XLIX S. 313 fg. Für die Zuständigkeit der Klage bei jedem Nachweis einer Schädigung des Gläubigers, Schönemann S. 33 fg., Reinhart S. 55 fg. (s. aber auch S. 128), Otto S. 212 fg. Vgl. noch Gmelin die Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger S. 40—42, Kori System des Concursproz. § 41. [Serafini (Note *): die actio in rem steht jedem Gläubiger zu, die actio in personam (actio Pauliana) nur den immittirten Gläubigern bez. dem Concurscurator.]

[26] Aus dem Seuffert'schen Archiv gehören hierher folgende Erkenntnisse: a) Gegen die Nothwendigkeit der Concurseröffnung: II. 115, III. 247. 251, IV. 356 Nr. 2, XI. 321, XV. 6. 180, XVI. 171, XXXVII. 215; für diese Nothwendigkeit: III. 251, XIII. 202, XVIII. 86, XXXIII. 180. b) Für die Legitimation

rung selbst erst nach Eröffnung des Concurses vorgenommen, so ist sie nach heutigem Recht nichtig[27], ohne daß jedoch dadurch der persönliche Anspruch der Gläubiger ausgeschlossen wäre[28].

6. Zahlungen an einen Gläubiger unterliegen, vorausgesetzt daß sie nicht nach Eröffnung des Concurses erfolgt sind[29], der Rückforderung nicht[30], selbst dann nicht, wenn der Schuldner sie in der Absicht gemacht hat, dadurch dem Empfänger auf Kosten der übrigen Gläubiger einen Vortheil zu verschaffen, und der Empfänger diese Absicht gekannt hat[31]. Anders, wenn der Schuldner nicht zahlt, sondern ein Pfand bestellt[32], anders auch, wenn er etwas Anderes an

des Concurscurators: XIX. 289, XX. 97, XXIV. 298. c) Für die Legitimation des einzelnen Gläubigers nach eröffnetem Concurse: XIX. 96, XXII. 105, XXV. 198, XXVIII. 269, XXXIV. 259. Ueber die Frage, wem das von dem einzelnen Gläubiger Erstrittene gebührt, ihm oder der Concursmasse, s. XIX. 96 (dem einzelnen Gläubiger) und XXII. 105 (der Concursmasse). Für die letzte Meinung auch die Abhandlung in Bl. f. RAnw. zun. in Bayern XXX S. 129 fg.

[27] S. § 272 Note 8; auch Franke a. a. O. S. 229 fg.

[28] Derselbe kann den Gläubigern von Wichtigkeit sein, wenn der Erwerber nicht mehr besitzt; ebenso in Betreff der nicht gezogenen Früchte.

[29] L. 6 § 7 l. 10 § 16 D. h. t.

[30] Von dieser Frage speciell handeln die bei * angeführten Aufsätze von Franke und Laspeyres, so wie die Schrift von Fischer S. 9—37; s. ferner Vangerow III § 697 Anm.

[31] L. 6 § 7 und namentlich l. 24 i. f. D. h. t., s. auch l. 159 pr. D. de R. I. 50. 17 (l. 6 § 6 D. h. t. handelt wohl nicht von Zahlung, sondern von Zahlungsempfang, Laspeyres S. 59 fg., Vangerow Nr. I., Huschke S. 31 Anm. 1). Anders früher die herrschende Meinung (Franke S. 134. 135), welche in neuerer Zeit, wenigstens dem Grundgedanken nach, wieder von Laspeyres in Schutz genommen worden ist (s. g. Gratificationstheorie); dawider Franke a. a. O., Vangerow a. a. O., Huschke Zeitschr. für Civ. u. Pr. S. 32—34, Fischer a. a. O., Reinhart S. 111 fg., Schönemann S. 15 fg., Sintenis a. a. O. Anm. 26, Arndts § 228 Anm. 3, Otto S. 61 fg., Grützmann S. 47 fg. Jene hier verworfene Meinung wird hauptsächlich auf l. 6 § 1. 2 D. de reb. auct. iud. 42. 5 und l. 24 D. h. t. im ersten Theil, vgl. auch l. 61 D. de cond. ind. 12. 6, ferner auf l. 96 pr. D. de solut. 46. 3 gestützt, welche Stellen aber von anderen Fällen handeln (die ersten: es hat ein Erbe gezahlt, welcher später von dem beneficium abstinendi Gebrauch macht; die letzte: es hat der Schuldner den einen Gläubiger mit dem Geld des andern bezahlt). Für jene Meinung aus Seuff. Arch. IV. 276 und die Württembergische Praxis nach dem Bericht das. XXXVIII. 314; dawider II. 352, IV. 272, VI. 305, IX. 356 Nr. 4, XII. 228. [Für die Gratificationstheorie nach dem Recht der KO.: Entsch. d. RG. XVI S. 62 (= Seuff. Arch. XLII. 212).]

[32] L. 2 l. 6 § 6 l. 10 § 13 l. 22 D. h. t. Von dieser Frage speciell handelt die bei * citirte Schrift von Hasenbalg, sowie die Schrift von Fischer S. 51 fg. S. ferner Franke S. 259—262, Dernburg Pfandr. I S. 197—200, Scheurl krit. VJSchr. II S. 444, Schönemann S. 28 fg., Reinhart S. 122 fg., Grützmann S. 56. Seuff. Arch. I. 392, II. 116. 352, III. 249, IV. 274, VI. 124, XX. 98, XXI. 187, XXII. 286, XXVII. 194, XXXIII. 355. — Man hat gefragt, wie sich dieser Satz mit dem Satz vertrage, daß dem Schuldner erlaubt

Zahlungsstatt gibt[33]. Und zwar ist in diesen Fällen Wissen des Erwerbers von der betrügerischen Absicht des Schuldners nicht erforder-

sei, zu zahlen, da ja Verpfändung nichts sei, als indirecte Zahlung. Die Sache ist doch sehr einfach. Es ist dem Schuldner erlaubt, einem Gläubiger zum Nachtheil der übrigen zu leisten, was ihm gebührt: aber es ist dem Schuldner nicht erlaubt, die gesetzliche Regel über die Ordnung, in welcher die Gläubiger künftig befriedigt werden sollen, zum Nachtheil eines derselben zu verkehren. Er darf, wie l. 2 D. h. t. sagt, keinen Gläubiger dem andern „praeponere". A. M. Fischer a. a. O. Dieser Schriftsteller glaubt, nicht das in der Verpfändung liegende praeponere sei der Grund der Unerlaubtheit der Verpfändung, sondern die Möglichkeit, daß durch dieselbe den Gläubigern Mehr entzogen werde, als der Betrag der Schuld, indem nämlich die Pfandsache ungenügend verwerthet oder den Gläubigern der Ueberschuß des Erlöses über die Schuld entfremdet werden könne. Fischer geht so weit, zu behaupten, daß, weil diese Gefahr nach heutigem Recht wegen der Oeffentlichkeit des Pfandverkaufes und wegen der Theilnahme der Pfandgläubiger am Concurse ausgeschlossen sei, eben deßwegen die Anfechtbarkeit der Verpfändung nach heutigem Recht nicht mehr stattfinde. Aber diese Meinung steht in Widerspruch mit den Quellen, welche die Verpfändung als solche, nicht die Verpfändung unter Voraussetzung eines bestimmten Erfolges derselben als anfechtbar bezeichnen. — Nur dann wird man die Verpfändung nicht als unerlaubt ansehen dürfen, wenn sie der Preis ist, welcher dem Gläubiger für das Abstehen von dem zwangsweisen Vorgehen gegen den Schuldner gegeben worden ist. Wäre er davon nicht abgestanden, so würde er zu seiner Befriedigung gelangt sein, und über seine Befriedigung hätten sich die übrigen Gläubiger nicht beklagen dürfen. Vgl. übrigens Hasenbalg S. 61 fg., welcher in dieser Beziehung anderer Meinung ist.

[33] Franke S. 262—266, Laspeyres S. 71—74, Vangerow Nr. 5, Römer Leistung an Erfüllungsstatt S. 149 fg., Schönemann S. 25 fg., Otto S. 78 fg., Grützmann S. 55. Seuff. Arch. III. 250, IX. 356 Nr. 4, XII. 228, XVIII. 202, XXI. 185. 186, XXII. 106, XXV. 94, XXVII. 193. 285, XXX. 203, XXXI. 89, XXXIII. 356, vgl. XXXVII. 216 (RG.). A. M. Puchta Vorles. zu § 380, Brinz 1. Aufl. S. 531, Reinhart S. 125 fg., Struckmann Jahrb. f. Dogm. XII S. 277 fg. (1873), Fischer S. 40 fg. Seuff. Arch. IV. 276, VI. 305, vgl. VI. 125, XXXIX. 15. Für den aufgestellten Satz gibt es ein ausdrückliches Quellenzeugniß nicht; aber er folgt unmittelbar aus dem für die Verpfändung Anerkannten. Wenn es dem Schuldner nicht gestattet ist, einen Gläubiger vor dem andern durch Anweisung auf ein bestimmtes Vermögensobject zu bevorzugen, so kann es ihm noch viel weniger gestattet sein, eine solche Bevorzugung durch Hingabe eines Vermögensobjectes zu bewirken. Auch hier begegnet man, wie bei der Verpfändung, dem Argument, daß der Gläubiger durch Hingabe an Erfüllungsstatt nur erhalte, was ihm gebühre. Allein das ist nur in dem Sinne richtig, daß er den ihm gebührenden Vermögenswerth erhält, nicht aber in dem Sinne, daß er denjenigen Leistungsgegenstand erhält, welcher ihm gebührt. Wäre die datio in solutum gestattet, so wäre auch der Verkauf iusto pretio gestattet, und das behauptet Niemand. Die datio in solutum ist eine Entäußerung, und als solche ist sie verboten. Allerdings liegt auch in der Hingabe des Leistungsgegenstandes zum Zweck der Erfüllung eine Entäußerung. Aber diese Entäußerung ist eben gestattet; man hat kein Recht, aus der Gestattung dieser Entäußerung auf das Gestattetsein anderer Entäußerungen, die nur im Allgemeinen aber nicht im Besonderen die gleiche Natur haben, zu schließen.

lich[33a], ausgenommen natürlich der Fall, wo der Erwerber für das empfangene Pfandrecht eine Gegenleistung gemacht hat[33b]. Daß die getilgte Schuld eine bloß natürliche war, begründet ein Rückforderungsrecht nicht[34]; ebensowenig, daß sie noch nicht fällig war, doch muß in diesem letzteren Fall der durch die verfrühte Zahlung erlangte Vortheil herausgegeben werden[35]. Ein unbedingtes Rückforderungsrecht Zahlungen gegenüber hat der Fiscus[36].

[33a] Denn er erhält in diesen Fällen einen reinen Gewinn, und daher greift die Regel der Ziff. 4 lit. b Platz. Das Gesagte ist deßwegen nicht weniger wahr, weil der Erwerber Gläubiger ist. Denn er erhält eben nicht den ihm gebührenden Leistungsgegenstand, sondern einen Vorzug vor den übrigen Gläubigern, darin liegt sein Gewinn. Speciell bei der datio in solutum gibt er für das, was er erhält, sein Forderungsrecht weg; aber es ist ihm eben nicht gestattet, zum Nachtheil der übrigen Gläubiger sein Forderungsrecht in einer andern Weise zu verwerthen, als dadurch, daß er sich gerade dasjenige verschafft, was ihm verschuldet wird. Deßwegen liegt auch kein Gegenargument in l. 1 § 19 D. si quid in fraud. patr. 38. 5. Der nicht wissende Gläubiger gibt aber eben auch nur die Bereicherung heraus und erhält daher sein Forderungsrecht wieder. — Der aufgestellte Satz ist weit davon entfernt, unbestritten zu sein; ja die herrschende Meinung verwirft ihn, und ich finde ihn überhaupt nur für die Verpfändung, nicht für die datio in solutum anerkannt. So Reinhart S. 125, Hasenbalg S. 80 fg.; Seuff. Arch. XXI. 187, XXII. 286, XXXIII. 355, Entscheid. d. RG. III S. 169 (= Seuff. Arch. XXXVI. 250.). Dagegen Seuff. Arch. IV. 274, XX. 98. Entsch. des RG. XIII S. 301.

[33b] Dieselbe kann auch darin bestehen, daß er auf die Beitreibung seiner Forderung zu einer Zeit, wo sie noch möglich gewesen wäre, verzichtet. Dernburg Pfandr. I S. 200, Hasenbalg a. a. O. Seuff. Arch. XXI. 187, XXII. 286. Entscheid. des RG. III S. 169 (= Seuff. Arch. XXXVI. 250).

[34] L. 19. 20 D. h. t. Daß Leistung zum Zweck der Erfüllung im Bewußtsein, daß Zwang zur Erfüllung nicht besteht, als Erfüllung gilt, ist die leiseste rechtliche Wirkung einer natürlichen Verbindlichkeit; wo auch diese Wirkung fehlt, ist für das Recht überhaupt keine natürliche Verbindlichkeit mehr vorhanden. Uebereinstimmend Vangerow Nr. III, Brinz 1. Aufl. S. 531, Reinhart S. 122, Grützmann S. 54 fg. A. M. Francke S. 269, Huschke S. 32. Unterscheiden will Fischer S. 34 fg. Nichtgeltendmachung des beneficium competentiae zu Gunsten der Gläubiger gegenüber einem Schenkungsversprechen ist als Grund der actio Pauliana anerkannt in dem Erk. des OAG. zu Lübeck bei Kierulff Sammlung 1865 S. 109 (97).

[35] L. 10 § 12 l. 17 § 2 D. h. t. Nach einer anderen Meinung Francke S. 266 fg., Laspeyres S. 75 fg., Petzold Zeitschr. f. RPfl. u. Verwalt. f. d. Königr. Sachsen N. F. XIX S. 481—504, v. Schey S. 135 fg., Otto S. 72 fg., Grützmann S. 80 fg., Seuff. Arch. IV. 275) soll, wenn die Schuld erst nach Eröffnung des Concurses fällig wird, allerdings das Gezahlte zurückgefordert werden können; s. dagegen Vangerow Nr. II, Sintenis Anm. 26 Nr. 5, Schönemann S. 23, Reinhart S. 118 fg., Fischer S. 28 fg.

[36] L. 18 § 10 l. 21 D. de I. F. 49. 14. Vgl. Dernburg Pfandrecht II S. 440, Fischer S. 89 fg., Holzschuher III S. 1161. Seuff. Arch. XVIII. 27.

2. Das heutige Reichsrecht*.

§ 463a.

Die hauptsächlichen Abweichungen dieses Rechts von dem bisherigen gemeinen Recht sind folgende.

1. Die Arglist des Erwerbers (welche die des Schuldners voraussetzt) braucht in gewissen Fällen nicht bewiesen zu werden.

a) Bei Verträgen, welche der Schuldner binnen des letzten Jahres vor Eröffnung des Concurses bez. vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs mit seinem Ehegatten oder gewissen nächsten Verwandten oder Verschwägerten abgeschlossen hat, Gegenbeweis des Erwerbers vorbehalten[1].

b) Bei Rechtsgeschäften, welche der Schuldner nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrag auf Eröffnung des Concurses vorgenommen hat, wenn dem Erwerber die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war[2].

2. Der Erwerber aus einer unentgeltlichen Verfügung haftet auf die Bereicherung auch ohne Arglist des Schuldners, wenn die Verfügung in dem letzten Jahre, zu Gunsten des Ehegatten in den letzten zwei Jahren, vor Eröffnung des Concurses bez. vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs getroffen worden ist[3].

3. Befriedigung oder Sicherung eines Gläubigers ist anfechtbar, wenn sie nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrag auf Eröffnung des Concurses erfolgt ist und dem Gläubiger diese Thatsachen bekannt waren. Gewährt die Befriedigung oder Sicherung dem Gläubiger etwas, worauf er keinen Anspruch hatte, so braucht seine Bekanntschaft mit den bezeichneten Thatsachen nicht bewiesen zu werden, Gegenbeweis des Gläubigers vorbehalten; auch genügt es, daß die Befriedigung oder Sicherung in den letzten zehn Tagen vor der Zah-

* KO. § 22—34. Reichsgesetz „betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Concursverfahrens" vom 21. Juli 1879. — Die Literatur ist sehr reich. Ich hebe außer den bei § 463 genannten Schriften von Otto und Grützmann hervor: Cosack das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Concurses nach deutschem Reichsrecht (1884), welche Schrift ein competenter Beurtheiler (Eck Zeitschr. f. Handelsr. XXXI S. 492) „entschieden die bedeutendste zur Zeit vorhandene Leistung" nennt. Eine Uebersicht gibt Mandry § 50. [Dernburg II § 146. 147.]

1 KO. § 24 Ziff. 2, Reichsges. § 3 Ziff. 2, vgl. § 4. § 463a.

2 KO. § 23 Ziff. 1.

3 KO. § 25. 30 Abs. 2, Reichsges. § 3 Ziff. 3. 4. § 7 Abs. 2.

lungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Concurses erfolgt sei[4].

4. Nach eröffnetem Concurs kann der Anspruch eines Concursgläubigers nur von dem Concursverwalter geltend gemacht werden[5].

5. Der Erbe haftet wie der Erblasser. Auch der Sondernachfolger haftet im Fall der Arglist[6].

6. Der Anspruch verjährt in einem Jahre nach Eröffnung des Concurses, außerhalb des Concurses in zehn Jahren[7].

F. Widerrechtliche Störung factischer Zustände.

1. Störung des Besitzes.

§ 464.

Die Verpflichtungen, welche sich aus der widerrechtlichen Störung[1] des Sachbesitzes ergeben, sind schon oben im Zusammenhang der Lehre vom Besitz dargestellt worden; ebenso die Verpflichtungen aus der Störung des Besitzes an dinglichen Rechten[2]. Hier ist hinzuzufügen, daß auch die Störung des Besitzes anderer Rechte[3] Verpflichtungen erzeugt. Die Frage, an welchen anderen Rechten, außer den dinglichen, Besitz rechtlich anerkannt sei, ist dahin zu beantworten, daß der Besitz principiell bei keinem Recht ausgeschlossen ist, welches eine dauernde Ausübung zuläßt[4], daß aber die gegenwärtig in Deutsch-

---

[4] KO. § 23.

[5] KO. § 39, Reichsges. § 13. Vgl. Reichsges. § 2.

[6] KO. § 33, Reichsges. § 11.

[7] KO. § 34, Reichsges. § 12.

§ 464. [1] Der Ausdruck „Störung" wird hier im weiteren Sinne genommen, so daß er die Entziehung des Besitzes mit umfaßt.

[2] S. I § 159—162. 164.

[3] Auf das Unzutreffende des, allerdings bequemen, Ausdrucks „Besitz eines Rechts" ist bereits oben (I § 163) aufmerksam gemacht worden. Was man Besitz eines Rechts nennt, ist thatsächliche Geltendmachung eines Willensinhaltes, dessen rechtliche Anerkennung ein bestimmtes Recht ausmachen würde.

[4] Daher auch bei Obligationen nicht, wenn dieselben eine dauernde Ausübung zulassen. Nach einer andern sehr verbreiteten Meinung soll der Besitz bei Obligationen begriffsmäßig ausgeschlossen sein, s. namentlich Savigny Besitz S. 508 der 7. Aufl., Puchta Vorl. zu § 137, Arndts § 218, Unger I S. 547 Note 25, Sintenis 1 S. 43 Note 19. Dawider namentlich Bruns Besitz S. 480 fg., Randa der Besitz nach österr. Recht S. 253 fg. 2. Aufl. S. 492 fg. 3. Aufl. S. 539 fg. In der That kann die Frage nur die sein, ob es Obligationen gibt, welche eine dauernde Ausübung zulassen: daß, wenn es solche gibt, an ihnen auch Besitz denkbar ist, sollte nicht bezweifelt werden; weder der Begriff des Besitzes noch der der Obligation legt irgendwelche Schwierigkeit in den Weg. Von der bezeichneten Art sind aber zuvörderst alle Obligationen auf ein Unterlassen; ferner die Reallasten (und diese sind als möglicher Besitzgegenstand in

land herrschende Doctrin und Praxis Besitzesschutz in diesem Umfange zu gewähren nicht geneigt ist und denselben namentlich bei obligatorischen Rechten, welche nicht auf Grund und Boden radicirt sind, entweder ganz ausschließt oder doch bedeutend beschränkt[5].

Theorie und Praxis allgemein anerkannt [Note 5], freilich von Vielen nur auf Grund der Annahme, daß sie dingliche Rechte seien [s. § 291 Note 6, auch Randa a. a. O. § 24 Note 37]), Rentenforderungen, Zinsforderungen, Forderungen aus dem Miethverhältnisse ꝛc. Bruns a. a. O. ist der Meinung, daß Einheit der Obligation mit dauernder Ausübung (im Gegensatz des Falles, wo jedem Ausübungsact eine besondere Obligation entspricht) nur da angenommen werden dürfe, wo die Obligation „an dauernde personenrechtliche Verhältnisse geknüpft, oder dauernd auf Sachen, namentlich Immobilien, radicirt" sei. Bruns hat die Berechtigung dieser Beschränkung nicht nachgewiesen, und ich sehe für dieselbe keinen Grund. Bruns leugnet den Besitz namentlich bei Capital- und Miethzinsen (bei den ersten auch Randa § 24 Note 52); hier bilde „jede Leistung eine selbständige Obligation", es liege nicht die fortdauernde Ausübung einer Obligation, sondern nur . . . „die sich stets erneuernde Ausübung einer sich stets erneuernden Obligation" vor. Aber wenn gefragt wird, worauf die Einheit einer Obligation beruht, so wird keine andere Antwort gegeben werden können, als: auf der Einheit des Entstehungsgrundes, und es wird im gegebenen Fall nur zuzusehen sein, ob auch wirklich, und nicht bloß scheinbar, Einheit des Entstehungsgrundes vorliegt. Wer sich versprechen läßt: das Grundstück A und das Grundstück B, läßt sich zweimal versprechen, und nur in der Abkürzung der Rede erscheint der doppelte Act als Einer; der Vermächtnißnehmer dagegen, welcher sich die Auszahlung der ihm hinterlassenen Vermächtnisse versprechen läßt, läßt sich nur einmal versprechen, denn er faßt die mehreren Vermächtnisse als Einheit zusammen. So wörtlich l. 29 pr. D. de V. O. 45. 1. Die Anwendung hiervon auf Zinsen und Miethgeld braucht nicht erst nachgewiesen zu werden. Ueberdieß ausdrücklich: l. 58 pr. de fidei. 46. 1 („Si a colono stipulatus fideiussorem accepi, una stipulatio est plurium pensionum"), l. 75 § 9 D. de V. O. 45. 1 („Qui sortem stipulatur et usuras quascumque, certum et incertum stipulatus videtur, et tot sunt stipulationes, quot res"). Vgl. § 252 Note 9. — Ueber Besitz an „Personenrechten" s. Bruns S. 483 fg. 495 fg.

[5] Das römische Recht ist mit dem Besitzesschutz nicht über den Kreis der dinglichen Rechte hinausgegangen (I § 163). Das canonische Recht dagegen nimmt Besitz und Besitzesschutz an: bei kirchlichen und weltlichen Hoheitsrechten, bei kirchlichen Aemtern und Würden, bei Beneficien und Pfründen, beim Patronate und dem Besetzungsrechte der Aemter, bei Ehrenrechten, bei Regalien, bei Reallasten, namenlich Zehnten, bei dem ehelichen Verhältniß. S. die Nachweisungen bei Bruns S. 186 fg. Dabei tritt nirgends hervor, daß der Besitz gerade nur dieser Rechte zu schützen sei; sie werden nicht ausschließlich, sondern in Anwendung eines Principes genannt. Auf demselben Standpunkt steht die an das canonische Recht sich anlehnende Doctrin und Praxis des kirchlichen und weltlichen Rechts bis zum Schluß des Mittelalters. Bruns § 29. 34. Nur bei nicht dinglich radicirten Obligationen war keine Einigkeit der Meinungen vorhanden, indem hier eine Partei die Möglichkeit des Besitzes ganz leugnete (unter Berufung darauf, daß c. 24 X. de elect. l. 6 nur von Grundzinsen rede, was ohne Zweifel richtig ist, Bruns S. 190), eine andere Partei wenigstens einen besitzähnlichen, wie Besitz zu schützenden status percipiendi annahm. Bruns S. 242. 277. Diese Theorie ist denn auch in Deutschland recipirt worden. Im 16., 17. und 18. Jahrhundert hat man in Deutschland Besitz anerkannt: bei Familienrechten

Die Grundsätze, nach welchen der Besitzesschutz, wo er wirklich eintritt, gewährt wird, sind die für den Besitzesschutz überhaupt geltenden[6], nur daß körperliche Störung des Besitzes nicht erforderlich ist[7].[8]

(Ehe, väterlicher Gewalt), Zustandsrechten (Adel, Bürgerrecht, persönlicher Freiheit, Verwandtschaft), Aemtern, Ehren-, Rang-, Zunftrechten, bei allen Arten von Grundlasten, bei Bannrechten, Zöllen, Hoheitsrechten — während der Streit über die Möglichkeit des Besitzes an (rein persönlichen) Obligationen fortdauerte. Bruns S. 383. 384. 407. 408. Auch in Reichsgesetzen hat diese Auffassung Ausdruck gefunden, Sanct. pragm. 1439 tit. X, R. A. 1548 § 56. 59. 63, Landfriede 1548 § 1, I. P. O. art. V § 46. Im 19. Jahrhundert dagegen hat die Ansicht Savigny's (Besitz § 49), welcher Besitz nur an solchen Rechten anerkennt, die „mit dem Besitz und Genuß des Bodens verbunden" sind (im Einzelnen nennt er kirchliche und weltliche Hoheitsrechte und Grundlasten, und schließt namentlich „Rechte des persönlichen Zustandes und Obligationen" aus), in der Theorie überwiegenden Eingang gefunden, und nur Einzelne gehen über Savigny hinaus. S. die Citate bei Bruns S. 421. Randa § 24 Note 34. Ueber und gegen die Ansicht Dunkers (Zeitschr. für deutsches R. II S. 28 fg.), daß Besitz nur bei solchen Rechten anzuerkennen sei, bei welchen im älteren deutschen Recht eine Gewere stattgefunden habe, s. Bruns S. 421 und an den das. Note 5 citirten Stellen, Randa § 24 Note 26 fg. Im Allgemeinen vgl. über das Gesagte noch Randa § 24, Meischeider Besitz und Besitzschutz S. 395 fg. krit. VJSchr. XIX S. 285 fg., neuestens Bähr Urtheile des Reichsger. S. 48. Die gegenwärtige Praxis ist, hier wie überall, schwer zu constatiren; nur das steht fest, daß der Besitz an Grundlasten allgemein anerkannt wird. Seuff. Arch. V. 173, VII. 42. 43, VIII. 14, XII. 241, XIV. 8, XV. 149, XVI. 5. 174. 175, XVII. 46, XXII. 249; s. auch I. 183. 317. Die Zulässigkeit des Besitzesschutzes an reinen (nicht dinglich radicirten) Obligationen leugnen die Urtheile bei Seuff. Arch. I. 183 und 223 (OT. zu Stuttgart, vgl. Bruns § 422 Note 1), XXXVII. 191 (RG.); dagegen schützen den Besitz von Staats- und Kirchendienern (nicht Privatdienern) an ihren Besoldungen die Urtheile I. 61 und III. 99 (OAG. zu Cassel — das letztere Urtheil mit Berufung darauf, daß jenen Personen ein quasidingliches Recht an Staats- und Kirchenvermögen zustehe), XIII. 32 (OAG. zu Darmstadt: Staats- und andere öffentliche, selbst standesherrliche Diener), Seuff. Arch. XXII. 233, XXIII. 32 (Darmstadt und Wolfenbüttel: Privatdiener). Noch weiter gehen die Urtheile IX. 126, XIII. 32 (OAG. zu Darmstadt), VII. 269 (OAG. zu Jena), XVI. 5 (OAG. zu Dresden), XXXVII. 96 (München), welche Besitzesschutz resp. Ersitzung bei allen Forderungsrechten annehmen, welche auf sich wiederholende Leistungen von juristischen Personen (Corporationen) oder dauernden Personenclassen gehen (die Bruns'sche Idee, s. Note 4). Den Besitz der Mutter an dem Kinde schützt das OAG. zu Cassel (Bruns S. 422 Note 3) [anders Seuff. Arch. XLIII. 31], den Besitz am Präsentationsrecht das OAG. zu Jena (Seuff. Arch. VIII. 232), dasselbe den Besitz an dem Rechte, allein einen Gasthof zu haben (Seuff. Arch. XVI. 168), das OAG. zu Celle den Besitz an dem Rechte, „als Reihestellbesitzer an allen ein bestimmtes Kohlenbergwerk betreffenden Versammlungen, Berathungen und Beschlüssen der Gemeinde, so wie an den Auskünften des fraglichen Kohlenbergwerks . . . Theil zu nehmen" (Seuff. Arch. XV. 27). Dagegen hat das frühere OAG. zu Zerbst possessorischen Schutz des Rechts, „um Lohn zu kochen, zu backen, und sogenannte Aschkuchen zu backen" verweigert (Seuff. Arch. I. 317). S. auch Seuff. Arch. XIX. 151. Meischeider a. a. O. S. 414 fg.

[6] Die Decretalen (Bruns S. 205—207) gewähren das interdictum uti

2. Handeln gegen fremden Willen*.

§ 465.

Handeln gegen fremden Willen erzeugt unter Umständen selbst dann Verpflichtungen, wenn dadurch kein fremder Besitz verletzt wird[1].

1. Die Handlung muß eine Handlung sein, durch welche auf ein Grundstück oder einen Bestandtheil eines Grundstücks eingewirkt wird[2].

---

possidetis und eine Klage nach Analogie des interdictum unde vi. Die spätere Theorie und Praxis hat von jeher sowohl beide römische Rechtsmittel als die Spolienklage und das Summariissimum für anwendbar erachtet. Bruns S. 243 fg. 279 fg. 384 fg. 408.

[7] Bei obligatorischen Leistungen reicht bloße Verweigerung hin. So schon die Decretalen (Bruns S. 207 fg.), und constant die folgende Theorie und Praxis. Bruns S. 244. 280 fg. 384. 408. 409, vgl. auch S. 496 fg., Randa a. a. O. S. 372 fg., neuestens Bruns Besitzklagen S. 252 fg. Seuff. Arch. I. 66, III. 99, V. 173, VII. 42. 43, VIII. 221, XII. 340, XIII. 32, XVI. 115. 174, 175, XVII. 46, XVIII. 250, XXIV. 35; entgegengesetzt vereinzelt I. 223. 224, XII. 241, XXIX. 7. S. noch XVII. 45, XXI. 124. — Störung durch Dritte? Bruns S. 214 fg. 280. Seuff. Arch. XVI. 168.

[8] Für den Erwerb und Verlust des Besitzes gelten die I § 163 entwickelten Grundsätze. Vgl. Randa a. a. O. § 25. 26. 29—36. (Die citirten §§ 29 u. 30 handeln speciell von dem Erwerb des Besitzes an Reallasten und Bannrechten.)

* Dig. 43. 24 quod vi aut clam. — Die ausführlichste Bearbeitung dieser Lehre ist die von Stölzel: die Lehre von der operis novi nuntiatio und dem interdictum quod vi aut clam S. 341—522. 556—594 (1865). S. außerdem: G. Hasse Rhein. Mus. IV S. 1 fg. (1830). Francke Arch. für civ. Pr. XXII S. 350 fg. (1839). Schmidt (von Schwerin) Zeitschr. für Civ. u. Pr. N. F. I S. 347 fg. (1845) und Zeitschr. für RGesch. VIII S. 25 fg. (1869). Schäffer Arch. f. prakt. RW. I S. 2 fg. II S. 16 fg. (1852. 1853). Zimmermann Arch. f. civ. Pr. XXXVII S. 230 fg. (1854). XLI S. 182 fg. (1858). LII S. 464 fg. (1869). Hesse die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I S. 265—268. II S. 62—79 (1859. 1861). 2. Aufl. S. 423—449 (1880). v. Duhn Arch. für civ. Pr. XLVIII S. 43 fg. (1865). Karlowa Beiträge zur Geschichte des röm. Civilprocesses S. 89—100 (1865). Hesse das Einspruchsrecht gegen Bauunternehmungen und andere Veränderungen an Grundstücken S. 1—91 (1866). Baron Rec. der Schrift von Stölzel, krit. VJSchr. VII S. 489—511 (1865, aber später ausgegeben als die Schrift von Hesse). Stölzel Jahrb. für Dogm. VIII S. 139 fg. (1866). Wendt Faustrecht S. 81—115 (1883). Unterholzer II S. 179—186, Sintenis II S. 745—750, Vangerow III § 677 Anm., Brinz 2. Aufl. I § 174, Dernburg I § 234.

[1] L. 16 pr. D. h. t. „Competit hoc interdictum etiam his, qui non possident, si modo eorum interest". § 465.

[2] Opus in solo factum. L. 1 § 4 l. 7 § 5 D. h. t. Im Einzelnen wird in den Quellen genannt: Graben, l. 7 § 8 l. 9 § 3 l. 22 § 1 D. h. t.; Pflügen, l. 9 § 3 l. 22 § 1 D. h. t.; Steine werfen, l. 15 § 1 D. h. t.; Erde auffarren, l. 15 § 2 D. h. t.; zu starkes Düngen, l. 7 § 6 D. h. t.; Verunreinigung eines Brunnens, l. 11 pr. D. h. t.; Abschneiden und Beschädigen von Bäumen und Pflanzen, l. 7 § 5 l. 9 pr. 11 § 3 l. 13 pr. § 3. 4. 7 D. h. t., l. 11 D. arb. furt. caes. 47. 7 (Arch. f. prakt. RW. VI S. 225 fg.); Herüberziehen von Pflanzen, l. 22 pr. D. h. t.; Errichten eines Gebäudes, l. 7 § 2 D. h. t. in Verbindung

2. Die Handlung muß entweder in Widerspruch mit einem von der Gegenseite eingelegten Verbot erfolgt sein[3], oder es muß der Handelnde in anderer Weise gewußt haben, daß ihm das Recht zur Handlung bestritten werde[4]. Dem Wissen von der Bestreitung steht gleich, daß der Handelnde von der Bestreitung hätte wissen sollen[5].

3. Die Bestreitung muß eine an und für sich begründete gewesen sein[6]. Auf eine an und für sich nicht begründete Bestreitung braucht

---

mit l. 1 § 11 D. de O. N. N. 39. 1, l. 11 § 5 D. h. t.; Abbrechen eines Gebäudes, l. 7 § 9 D. h. t.; Abdecken eines solchen, l. 7 § 10 l. 8 l. 9 pr. D. h. t.; Wegnahme von Statuen, l. 9 § 2 l. 11 § 1. 2 D. h. t., l. 2 D. de sep. viol. 47. 12; Anbringen eines Anschlags an dem Gebäude eines Andern, l. 22 § 2 D. h. t. (Stölzel S. 407 fg., Baron S. 468 Note *, Stölzel Zeitschr. für RGesch. VI S. 96 fg.); Anbringen eines Vordachs oder einer Wasserabfalleinrichtung über dem Grundstück eines Andern, l. 22 § 4 D. h. t. Dagegen wird das interdictum q. v. a. cl. nicht begründet durch: Gehen über ein Grundstück l. 22 § 3 D. h. t.; Auseinanderwerfen oder Anzünden eines auf dem Grundstücke liegenden Haufens, l. 9 § 3 l. 10 D. h. t.; Wegnahme oder Beschädigung von Früchten, l. 7 § 5 D. h. t.; Wegnahme von Schlössern, Schlüsseln, Gittern, Fensterscheiben, l. 9 § 1 D. h. t. S. noch l. 20 § 4 D. h. t. „Quod in navi fit, vel in alia qualibet re vel amplissima, mobili tamen, non continetur hoc interdicto".

[3] Eine solche Handlung ist nach römischer Redeweise ein vi factum (I § 159 Note 4. § 160 Note 5). L. 1 § 5 D. h. t. „Vi factum videri Q. Mucius scripsit, si quis contra quam prohiberetur fecerit". Auf die Art und Weise der Einlegung des Verbots kommt nichts an, l. 20 § 1 l. 1 § 7 D. h. t. Die Einlegung kann auch durch eine symbolische Handlung erfolgen, wo eine solche allgemein verstanden wird (bei den Römern durch einen „iactus lapilli", l. 1 § 6 l. 20 § 1 D. h. t., l. 6 § 1 D. si serv. 8. 5, l. 5 § 10 D. de O. N. N. 39. 1; vgl. Stölzel S. 345—355, Hesse Einspruchsrecht S. 15. 16). Verbot durch Andere: l. 3 pr. l. 17 D. h. t., l. 17 D. de O. N. N. 39. 1. S. noch l. 1 § 8 l. 20 pr. D. h. t.; l. 1 § 10. 11 l. 2 D. h. t.; l. 1 § 9 l. 3 § 1. 2. 3 l. 20 § 2. 3 D. h. t.; l. 13 § 5 i. f. l. 11 § 9 eod. (Vangerow Nr. I. 5).

[4] Eine solche Handlung bezeichnen die Quellen als clam factum. Das clam factum setzt ebensowenig eine besondere Veranstaltung zum Zweck der Verheimlichung voraus, wie das vi factum Gewalt. Wer weiß, daß ihm das Recht zu der Handlung, welche er vornehmen will, bestritten wird, soll sie nicht vornehmen, ohne dem Gegner davon Anzeige zu machen; unterläßt er die Anzeige, so handelt er eben deßwegen clam. L. 3 § 7 — l. 5 § 7 l. 11 § 11 l. 18 § 1 l. 21 § 1 l. 22 § 5 D. h. t., l. 73 § 2 D. de R. I. 50. 17. Seuff. Arch. IX. 292; vgl. XXI. 125, XXXIII. 226. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1866 Nr. 2. Budde u. Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI. 64 Nr. I.

[5] L. 3 § 7. 8 l. 4 D. h. t., l. 43 i. f. D. ad leg. Aq. 9. 2. L. 4 cit.: — „ne melioris condicionis sint stulti quam periti". Vgl. Seuff. Arch. V. 25.

[6] D. h. es muß ihr ein Rechtsverhältniß zur Seite stehen, aus welchem sich in Ermangelung besonderer Gegengründe die Ungerechtfertigtheit der vorgenommenen Handlung ergibt. Von welcher Art dieses Rechtsverhältniß sei, ist gleichgültig. Es kann Eigenthumsrecht sein (s. z. B. l. 11 § 14 l. 12 D. h. t. [Miteigenthum, l. 13 § 3 D. h. t.]), oder ein sonstiges dingliches Recht (z. B. Nieß-

nicht gehört zu werden[6a]. Dagegen darf eine an und für sich begründete Bestreitung selbst dann nicht mißachtet werden, wenn dem Handelnden ein Gegenrecht zusteht, welches die Bestreitung über-

---

brauch oder Grunddienstbarkeit gegenüber dem Eigenthumsrecht, l. 13 pr. D. h. t., l. 6 D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 6 § 1 D. si serv. 8. 5, l. 21 de aq. pl. 39. 3), oder ein obligatorisches Recht (z. B. Pachtrecht gegenüber dem Eigenthumsrecht, l. 12 in Verbindung mit l. 13 pr. D. h. t., a. M. Thon Rechtsnorm und subjectives Recht S. 317 Note 72, der aber das hier betonte „in Verbindung" nicht beachtet). Ferner kann das interdictum q. v. a. cl. auf eine gesetzliche Eigenthumsbeschränkung (l. 4 § 2. 3 l. 5 l. 13 l. 14 pr. D. de aq. pl. 39. 3), oder auf die Vorschriften über die Benützung öffentlicher Sachen (nach römischem Recht ist hinzuzufügen: von res sacrae und religiosae, l. 20 § 5 l. 7 § 8 l. 11 § 1. 2 l. 13 § 5 l. 15 § 2 l. 22 § 4 D. h. t.), oder auf die Verpflichtung des Beklagten, cautio damni infecti zu leisten (l. 3 § 6 D. h. t., vgl. l. 13 § 10 D. de damn. inf. 39. 2) gegründet werden.

[6a] Mit anderen Worten: das interd. q. v. a. cl. bringt nur dann durch, wenn ein Rechtsverhältniß der bezeichneten Art entweder vom Beklagten zugestanden oder vom Kläger nachgewiesen wird. Der Beweis für diesen Satz, mit welchem die herrschende Meinung nicht übereinstimmt (s. darüber das Nähere in Note 18) liegt zum Theil schon in dem, was die Quellen über die Nothwendigkeit des Vorhandenseins eines Interesse in der Person des Klägers sagen (Note 11). Damit ein solches Interesse angenommen werden könne, ist regelmäßig erforderlich (Note 12), daß ein dieses Interesse begründendes Rechtsverhältniß feststehe, und aus diesem Rechtsverhältniß wird sich in vielen Fällen sofort ergeben, daß die Handlung des Beklagten eine an und für sich unberechtigte ist. Allerdings nicht immer; und namentlich ergibt sich aus dem Eigenthumsrecht an einem Grundstück nicht, daß eine dieses Grundstück schädigende, auf einem fremden Grundstück vorgenommene Handlung eine ungerechtfertigte ist. Aber gerade für diesen Fall enthält einen entscheidenden Beweis l. 21 D. de aq. pl. 39. 3, auf welche zuerst aufmerksam gemacht zu haben, Stölzel's Verdienst ist. „Si in meo aqua erumpat, quae ex tuo fundo venas habeat, si eas venas incideris, et ob id desierit ad me aqua pervenire, tu non videris vi fecisse, si nulla servitus mihi eo nomine debita fuerit, nec interdicto quod vi aut clam teneris". Wenn man gegen die Beweiskraft dieser Stelle eingewendet hat (Schmidt Zeitschr. f. RGesch. VIII S. 30, das in Note 18 a. E. citirte Rostocker Erkenntniß S. 243), dieselbe wolle nur ausdrücken, daß ein bloß factisches Interesse zur Begründung des interd. q. v. a. cl. nicht ausreiche, womit näher gesagt sein soll, daß ein Verbietungsrecht wenigstens behauptet sein müsse, so ist zu bemerken, daß die Stelle nicht von Behauptung, sondern von Zuständigkeit einer Servitut redet. Weniger beweisend sind l. 15 D. de S. P. U. 8. 2 (wo der Ausdruck „prohiberi potest, si servitus debeatur" möglicherweise auch auf die Verhinderung durch Anstellung der actio confessoria gedeutet werden kann, vgl. l. 6 § 1 D. si serv. 8. 5) und l. 9 D. eod., welche Stelle, ohne unrichtig zu sprechen, das interdictum q. v. a. cl. unbeachtet lassen durfte. Aber mit Recht macht Stölzel auch darauf aufmerksam, daß es bei dem interdictum q. v. a. cl., im Gegensatz zur operis novi nuntiatio (§ 466 Note 9. 10), weder remissorischen Proceß noch Gefährdeeid gibt. Endlich aber wird erst durch den hier vorgetragenen Satz das interdictum q. v. a. cl. verständlich; abgesehen von diesem Satz ist dasselbe ein so exorbitantes Rechtsmittel, daß es geradezu als Räthsel erscheint (vgl. Note 18). Gegen das hier Gelehrte hat man namentlich die Worte des Edicts (l. 1 pr. D. h. t.) angeführt, nach welchen für das Interdict

windet[7]; der Handelnde muß mit der Handlung einhalten, bis er entweder sein Gegenrecht klagend dargethan, oder bis er dem Gegner zur Sicherheit der von diesem zu erhebenden Klage Bürgschaft geleistet hat[8].

4. Fährt der Handelnde mit der Handlung fort, ohne Eines von Beiden gethan zu haben, so ist er, ohne sich auf sein Gegenrecht berufen zu dürfen[9], verpflichtet, den früheren Zustand wiederherzustellen

---

weiter nichts nothwendig sei, als die Thatsache des vi oder clam factum. Aber darauf hat schon Stölzel (S. 494) geantwortet, daß, wenn man annehmen wollte, in diesen Worten seien die Erfordernisse des Interdicts erschöpfend angeführt, auch kein Interesse in der Person des Klägers erfordert werden dürfe.

[7] Z. B. er hat dem Eigenthumsrecht oder der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung gegenüber eine Servitut oder eine obligatorische Gestattung, der Servitut gegenüber obligatorische Gestattung.

[8] L. 3 § 5 D. h. t. Stölzel S. 459 fg. versteht die in dieser Stelle erwähnte cautio von einer cautio iudicio sisti, ebenso Hesse Einspruchsrecht S. 17 fg. Aber es heißt: „si modo satis offerat, *et* defendere paratus est, si quis agat“. Vgl. auch Hesse a. a. O. S. 14—19, Brinz Note 50.

[9] In diesem Sinne heißt es in l. 1 § 2 D. h. t. „Et parvi refert, utrum ius habuerit faciendi, an non. Sive enim ius habuit, sive non, tamen tenetur interdicto, propter quod vi aut clam fecit; tueri enim ius suum debuit, non iniuriam comminisci“. Ebenso l. 1 § 3 D. h. t. Es hilft dem Beklagten nicht sein *ius faciendi*; aber auf Seiten des Klägers muß ein *ius prohibendi* (in eigener Person, oder der Person eines Dritten, z. B. des Verpächters, s. Note 12 g. E.) vorhanden sein. — Nur in Einem Fall darf der Beklagte sich auf sein ius faciendi allerdings berufen; es ist dieß der Fall, wo das ius faciendi rechtskräftig feststeht. In diesem Falle hat der Beklagte bereits dasjenige gethan, auf dessen Unterlassung der Vorwurf formalen Unrechts gegen ihn begründet wird — dem Gegner gegenüber sein Recht erstritten. Francke S. 368 fügt den Fall hinzu, wo der Kläger das ius faciendi des Beklagten anerkenne. Gewiß ist in diesem Falle das interdictum q. v. a. cl. nicht begründet. Aber ebenso gewiß ist richtig, und dieß ist ohne Zweifel auch die Meinung Francke's, daß der Kläger zu einer Erklärung darüber, ob er das ius faciendi anerkenne, oder nicht, nicht genöthigt werden kann. — Wie ist es aber, wenn der Beklagte dem interdictum q. v. a. cl. gegenüber geltend macht, daß er im Besitze des ius faciendi sei? Hätten wir bloß die oben mitgetheilten Stellen, so müßten wir ohne Zweifel sagen, daß der mit dem interdictum q. v. a. cl. Belangte den Kläger ebensowenig nöthigen könne, sich auf einen Besitzesstreit einzulassen, wie auf einen Streit über das Recht, und dieß ist denn auch die Meinung Francke's S. 369. Aber zu dem entgegengesetzten Resultat führt l. 3 § 8 D. de rivis 43. 21. In dieser Stelle ist zwar nur von der operis novi nuntiatio die Rede; aber der Schluß von derselben auf das interdictum q. v. a. cl. ist nicht abzuweisen, und nichts verräth, daß, wie Francke a. a. O. behauptet, diese Stelle von einem rechtskräftig feststehenden oder anerkannten Besitz handele, s. auch Stölzel S. 491. Seuff. Arch. IX. 157. A. M. Vangerow 7. Aufl. III S. 549, Wendt S. 83 fg. Aus dem Gesagten folgt aber nicht, daß, wie Stölzel (S. 415 fg.) und Zimmermann (XXXVII S. 231 fg. XLI S. 185 fg.) annehmen, der Beklagte sich auch durch Nachweis des Sachbesitzes (des Besitzes des Grundstückes, auf welchem er die schädigende Handlung vorgenommen hat) dem interdictum q. v. a. cl. des

und vollen Schadensersatz zu leisten[10]. Dieser Anspruch setzt in der Person des Klägers ein durch die Handlung verletztes Interesse voraus[11], aber nicht nothwendig, daß dieses Interesse von vermögensrechtlicher Art sei[12]. Gegen dritte Besitzer des Grundstücks geht der Anspruch insoweit, daß von denselben Gestattung der Wiederherstellung des früheren Zustandes auf eigene Kosten des Interessirten verlangt werden kann[13].

4. Der Anspruch verjährt in Einem Jahr tauglicher Zeit[14].

Eigenthümers, d. h. des sein Eigenthum nachweisenden Klägers, entziehen könne. Hier handelt es sich nicht um den Besitz eines Gegenrechtes gegenüber dem vom Kläger geltend gemachten Rechte, sondern um den Besitz gerade desjenigen Rechts, welches auch der Kläger geltend macht, und von welchem feststeht oder der Kläger nachgewiesen hat, daß es ihm, und folglich nicht dem Beklagten, zustehe — und man kann sich nicht einer auf das Recht gestützten Rechtsverfolgung gegenüber mit der Berufung auf den Besitz vertheidigen. Was die genannten Schriftsteller an Beweisen für ihre Behauptung beibringen, hat m. E. keine Bedeutung. Vgl. auch Hesse Einspruchsrecht S. 59 fg.

[10] L. 15 § 7 D. h. t. „Hoc interdicto tanti lis aestimatur, quanti actoris interest, id opus factum esse. Officio autem iudicis ita oportere fieri restitutionem iudicandum est, ut in omni causa eadem condicio sit actoris, quae futura esset, si id opus, de quo actum est, neque vi neque clam factum esset". L. 11 § 4. 8 l. 15 § 8—12 l. 16 § 1. 2 l. 21 pr. § 3 D. h. t.; l. 7 § 7 l. 18 l. 22 § 3 D. h. t. Zu l. 15 § 9 cit. vgl. I § 133 Note 15. Haftung Mehrerer: l. 15 § 2 l. 6 l. 13 § 7 D. h. t. Ribbentrop Correalobl. S. 95 fg., Schmidt Interdictenverfahren S. 200 fg. (§ 298 Note 15).

[11] L. 11 § 14 D. h. t. „Idem Iulianus scribit, interdictum hoc non solum domino praedii, sed etiam his, quorum interest, opus factum non esse, competere". L. 16 pr. eod.

[12] So kann klagen wegen Wegnahme einer Statue derjenige, dem zu Ehren die Statue aufgestellt worden ist, l. 11 § 1 D. h. t. S. auch l. 16 § 1 D. h. t. — Ist das Interesse, wie regelmäßig, ein Vermögensinteresse, so setzt der Nachweis desselben den Nachweis eines Rechtsverhältnisses in der Person des Klägers voraus, aus welchem hervorgeht, daß gerade sein Vermögen von dem angerichteten Schaden betroffen worden ist. Die Quellen nennen: Eigenthumsrecht, l. 11 § 14 l. 12 l. 13 § 3. 5 l. 16 § 1 l. 17 l. 22 pr. D. h. t., l. 13 § 2 D. de usufr. 7. 1, l. 27 § 14 D. ad. leg. Aq. 9. 2; Nießbrauch, l. 12 l. 16 § 1 D. h. t., l. 5 § 3 l. 6 D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 22 pr. D. de aq. pl. 39. 3; Grunddienstbarkeit, l. 15 D. de S. P. U. 8. 2, l. 6 § 1 D. si serv. 8. 5, l. 21 D. de aq. pl. 39. 3; Pachtrecht oder sonstiges obligatorisches Nutzungsrecht, l. 11 § 12 l. 12 l. 19 l. 13 § 4 D. h. t. Nicht aber steht das int. q. v. a. cl. demjenigen zu, welcher ein bloßes Forderungsrecht auf Leistung der Sache hat, und daher nicht dem Käufer als solchem, wenn ihm nicht provisorisch der Besitz eingeräumt ist, l. 11 § 9—13 D. h. t., vgl. l. 14 pr. § 1 l. 81 [80] pr. l. 67 [66] § 5 l. 86 [85] D. de furt. 47. 2 (§ 453 Note 14) und Hesse S. 27 fg., Stölzel S. 392 fg., Baron S. 497 fg. Vgl. noch l. 11 § 2 l. 13 § 5 l. 22 § 4 D. h. t.

[13] L. 7 pr. § 1 l. 11 § 6 l. 14 l. 15 pr. § 1 l. 16 § 2 D. h. t.

[14] L. 1 pr. l. 15 § 3—6 l. 22 pr. D. h. t. Ueber l. 1 pr. cit. s. Schmidt Interdictenverfahren S. 102. 103, Stölzel S. 355—378, und gegen Letzteren Schmidt krit. VJSchr. VII S. 289 Note *.

Auf die Erben geht er nach den für die Delictsansprüche geltenden Grundsätzen über[15]. Er fällt weg, wenn unter obrigkeitlicher Ermächtigung[16], oder zum Zweck der Beseitigung Desjenigen gehandelt worden ist, was der Gegner seinerseits mit formaler Widerrechtlichkeit gethan hat[17].

Die hier gegebene Darstellung entspricht übrigens in einem wesentlichen Punkte der herrschenden Ansicht nicht, worüber das Nähere in der Note[18] bemerkt ist.

---

[15] S. § 359 Ziff. 2. Römisches Recht: l. 15 § 3 D. h. t. Den Uebergang auf die Erben des Klägers bestreitet Savigny System II S. 125 fg. mit Rücksicht auf l. 13 § 1 D. h. t., l. 9 D. de O. et A. 44. 7. S. dagegen Schmidt Interdictenverfahren S. 139, Vangerow I § 145 Nr. I. 8.

[16] L. 7 § 4 l. 3 § 4 D. h. t., l. 7 § 2 eod. Budde Entsch. des OAG. zu Rostock VIII S. 188 fg.

[17] L. 7 § 3 l. 22 § 2 D. h. t. Jedoch soll nach der zuerst genannten Stelle die Berufung auf die formale Widerrechtlichkeit des Klägers nur „ex magna et satis necessaria causa" gestattet werden, und der Richter im einzelnen Fall nach seinem Ermessen zu entscheiden haben. v. Duhn a. a. O. nimmt an, die erstgenannte Stelle setze den Fall voraus, daß der Beklagte ein auf dem Eigenthum des Klägers, Stölzel S. 407 fg. (Jahrb. S. 163 fg.), daß er ein auf dem Besitzthum des Klägers errichtetes Werk zerstört habe.

[18] Die herrschende Auffassung des interdictum q. v. a. cl. (s. Francke S. 350, aber auch Stölzel S. 479 fg.) verlangt, wie bereits in Note 6a angedeutet wurde, für das interdictum q. v. a. cl. nicht, daß die Bestreitung der vorzunehmenden Handlung eine an und für sich begründete gewesen sei (Ziff. 3), sondern gesteht einer jeden Bestreitung, vorausgesetzt daß sie nur von einem Interessirten ausgeht, die Kraft zu, den Unternehmer zu nöthigen, sich die Befugniß zu dem, was er vornehmen will, erst durch Klage zu erstreiten, oder, wenn er das nicht will, Bürgschaft zu stellen. Dieß erscheint erträglich, wenn Jemand auf fremdem Grund und Boden, unerträglich, wenn er auf eigenem etwas thut. Man hat daher verschiedene Wege eingeschlagen, um diesen Satz dem Verständniß näher zu rücken. Zimmermann a. a. O. hat (unter Zustimmung von Hesse und Holzschuher III S. 1075) die Behauptung aufgestellt, ursprünglich habe nicht jedes Verbot respectirt zu werden brauchen, sondern nur ein solches, welches ergangen sei, nachdem der Unternehmer seinem Nachbarn die vorzunehmende Handlung angezeigt, und dadurch dessen mögliches Interesse anerkannt habe: erst später sei das Interdict auf den Fall des Verbots ohne Anzeige ausgedehnt worden. Aber die hier behauptete ursprüngliche Beschränkung ist vollkommen unbewiesen; und warum hat man sie später fallen lassen? Wenn hierauf Zimmermann gegenwärtig (LII S. 483) antwortet: „Was . . gewöhnlich geschieht, das kann man auch, ohne sich einer Inconsequenz schuldig zu machen, als geschehen annehmen oder fingiren", so ist dieser Ausweg zwar recht bequem, aber, gelind gesagt, nicht zum Ziele führend. Schmidt, welchem Vangerow, Sintenis, Arndts § 329 Anm. 2 und Rudorff zu Puchta § 386. q in der 9. Aufl. (anders in der 10.) gefolgt sind (dagegen Karlowa (S. 95 fg.), lehrt: der Unternehmer werde allerdings durch die Bestreitung zur Klage genöthigt, aber in dieser Klage brauche er nicht nothwendigerweise sein Recht auszuführen, es genüge, wenn er seinen Besitz darthue. Aber so bleibt immerhin übrig, daß mein Nachbar durch ein vielleicht vollkommen frivoles Verbot mich zur Er-

3. Handeln gegen Einspruch*.

§ 466.

Besondere Grundsätze gelten für den Fall, wo Einspruch gegen eine Bauthätigkeit erhoben wird[1], mag dieselbe in Errichtung oder Niederreißung eines Bauwerks bestehen[2].

---

hebung eines Processes nöthigen kann. Wendt S. 103 fg. beruhigt sich mit der Annahme, auf das interdictum q. v. a. cl. sei das Remissionsrecht der operis novi nuntiatio übertragen worden (allerdings möge das den römischen Juristen nicht zum Bewußtsein gekommen sein; aber das Gegentheil sei unbillig!). [Wendt Pand. S. 367 fg.] Schmidt und Sintenis behaupten frisch weg, das interdictum q. v. a. cl. sei bei uns nicht recipirt, weil — kein Mittel ausgebildet sei, um den Besitzer gegen ein Verbot dritter Unberechtigter zu schützen! Uebrigens hat Schmidt gegenwärtig (Zeitschr. für RGesch. VIII S. 49) diese Ansicht zurückgenommen. Dagegen wird die heutige Unanwendbarkeit ferner behauptet von Hesse (Rechtsverhältnisse II S. 77. 2. Aufl. S. 447, Einspruchsrecht S. 88); über dessen Auffassung im Uebrigen s. in dieser Note unten. — Das m. E. Richtige, wie es oben dargestellt ist, hat in seinen Grundzügen zuerst Francke entwickelt, und Stölzel näher ausgeführt; übereinstimmend auch Karlowa S. 99 fg. (dessen Berichtigung S. 91 Francke nicht trifft), Brinz 2. Aufl. S. 697 fg. und in der Sache auch Dernburg Note 7. Es kann mich eben nicht Jeder zum Proceß nöthigen, sondern nur derjenige, welcher ein Recht hat, welches ich durch ein Gegenrecht erst überwinden muß. Namentlich wenn ich auf meinem Grund und Boden, oder auf Grund und Boden, von welchem ich behaupte, daß er der meinige sei, etwas thue, kann ich das Verbot eines Jeden mißachten, dem gegenüber ich nicht anerkenne oder der mir nicht darthun kann, daß nicht ich, sondern er der Eigenthümer sei, oder daß er auch als Nichteigenthümer ein Verbietungsrecht habe. Stölzel hat aber der Auffassung Francke's, gegen welche er in unbegründeter Weise polemisirt, eine m. E. unrichtige Beimischung gegeben, indem er nämlich einerseits das int. q. v. a cl. dem obligatorisch zur Detention Berechtigten (auch gegen Dritte) kraft eigenen Rechts (Gegensatz: kraft des Rechts des Verpächters ꝛc.) gibt, andererseits behauptet, daß der Besitzer als solcher gegen das Verbot geschützt sei (s. Note 9), von welchem Ausgangspunkte er zu dem Resultate gelangt, daß das int. q. v. a. cl. dem Besitzer gegenüber auch nicht durch den Nachweis einer zum Verbot berechtigenden Servitut begründet werden könne, wenn nicht zugleich Besitz der Servitut dargethan werde (s. freilich auch Baron S. 503). Stölzel beruft sich natürlich auf l. 6 § 1 D. si serv. 8. 5 (S. 442 fg.), in welcher Stelle aber nach meiner Ansicht „possessor" nur denjenigen bezeichnet, dessen Rechtsbehauptung der factische Zustand entspricht, gleichgültig ob kraft seines Willens oder nicht. Vgl. über diese Stelle I § 163 Note 4. Für den Vorzug des Besitzers auch Dernburg Note 20. 21; gegen denselben Baron a. a. O., welcher im Uebrigen zu den gleichen Resultaten gelangt, wie Stölzel, ferner Brinz 1. Aufl. S. 694, Wendt S. 82 fg. Gegen Stölzel überhaupt Hesse Einspruchsrecht S. 53 fg. (vgl. Rechtsverhältnisse 2. Aufl. S. 437), welcher für das int. q. v. a. cl. „ein Sachenrecht oder ein sonst zustehendes Recht auf den Gebrauch und die Benutzung eines Grundstücks", für dieses Recht aber nur Bescheinigung verlangt, Zimmermann Arch. LII S. 464 fg., welcher jetzt ebenfalls Bescheinigung des Verbietungsrechts verlangt, mit Ausnahme des Falles jedoch, wo über das Verbietungsrecht bereits gestritten worden sei, Vangerow Nr. III a. E. in der 7. Aufl., Schmidt Zeitschr. f. RGesch. VIII

1. Damit diese besonderen Grundsätze eintreten, ist erforderlich: a) daß der Einspruch gegen die Unternehmung selbst, d. h. nicht

S. 29 fg. (vgl. Note 6), Wendt S. 90 fg. — Eine große Rolle hat in der Frage über die Erfordernisse des int. q. v. a. cl. die l. 5 § 10 D. de O. N. N. 39. 1 gespielt, welche von den verschiedenen Schriftstellern in der verschiedensten Weise ausgelegt worden ist; s. Hasse S. 42 fg., Francke S. 380 fg., Schmidt S. 373 fg., Vangerow S. 563. 564, Karlowa S. 94. 95 und S. 97 Anm. 65, Baron S. 412, Burckhard Operis novi nunciatio S. 185 fg. Nimmt man diese Stelle, wie sie jetzt in unseren Ausgaben lautet, beim Worte, so sagt sie, daß das int. q. v. a. cl. gegen den Eigenthümer nicht zulässig sei, und das ist entschieden falsch (l. 13 pr. § 6. 7 D. h. t., l. 6 D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 6 § 1 D. si serv. 8. 5, l. 21 D. de aq. pl. 39. 3). Nach meiner Meinung sind die Worte „id est lapilli iactum" Glossen (so auch Mommsen in seiner Ausgabe Praef. p. LXXXVI), und die Stelle spricht in ihrem ersten Theil gar nicht von dem int. q. v. a. cl., sondern von Selbstvertheidigung („per manum") und dem int. uti possidetis („per praetorem"). Diese Hülfsmittel seien, sagt sie, ausgeschlossen, wenn ein Anderer auf seinem Besitzthum etwas thue: dann müsse man zur operis novi nunt. greifen, wobei diese allein genannt wird nicht weil das int. q. v. a. cl. ausgeschlossen werden soll, sondern weil der Tractat, welchem die Stelle angehört, überhaupt nur von der op. novi nunt. handelt. Wird aber Jemand, fügt die Stelle hinzu, auf seinem Besitzthum fortdauernd belästigt, so daß ihm Selbsthülfe nicht mehr ausreicht und richterliche Hülfe wünschenswerth erscheint, so sind int. q. v. a. cl. oder int. uti possidetis die zutreffenden Rechtsmittel. — Ueber die Praxis, welche sehr verschiedene Standpunkte vertritt, s. die Urtheile bei Seuff. Arch. XVI. 223; XVII. 245; VIII. 51, IX. 292, XII. 160, XV. 28; XXVII. 132; VII. 45, XXI. 236, XXII. 47, XXVI. 33, XXXIII. 30 a. E. (die fünf letztgenannten Urtheile wie hier) — sowie die Mittheilungen und Nachweisungen bei Zimmermann XXXVII S. 238 fg. XLI S. 189 fg., LII S. 485 fg., Stölzel S. 459 fg., Hesse Einspruchsrecht S. 87 fg.

* Dig. 39. 1 de operis novi nuntiatione. L. 14 C. de aedif. priv. 8. 10 (Cod. 8. 11 de operis novi nuntiatione). — Hauptwerke: die im vorigen § bei * citirte Schrift von Stölzel S. 15 fg. (1865) und Burckhard die operis novi nuntiatio (1871). Ueber die letztere Schrift Brinz krit. VJSchr. XVII S. 242 fg. S. ferner: Kaemmerer de operis novi nuntiatione (1807). Reinhardt ausführliche Erläuterung des Pandektentitels de novi operis nuntiatione (1820). G. Hasse über die operis novi nuntiatio, Rhein. Mus. III S. 579—631 (1829). Wiederhold das interdictum uti possidetis und die Novi operis Nuntiatio S. 65 fg. (1831). Schmidt (von Ilmenau) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII S. 17 fg. (1851). Zimmermann Arch. f. civ. Pr. XXXVII S. 218 fg. (1854). Rudorff Jahrb. des gem. R. IV S. 112 fg. (1860). Schmidt (von Ilmenau) das. IV S. 210 fg. (1860). Hesse die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn II S. 79—102 (1861). 2. Aufl. S. 352—422 (1880). Schmidt (von Ilmenau) über die oben genannte Schrift von Stölzel, krit. VJSchr. VII S. 287—304 (1865). Karlowa Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprocesses S. 59—89 (1865). Hesse das Einspruchsrecht gegen Bauunternehmungen und andere Veränderungen an Grundstücken S. 92—166 (1866). Baron Rec. der Schrift von Stölzel, krit. VJSchr. VII S. 483—489. 511—530 (1865, vgl. § 465 bei * a. E.). Heinzerling Arch. für civ. Pr. LIII S. 236 fg. (1870). Wendt Faustrecht S. 72—81 (1883). [Schott das ius prohibendi und die formula petitoria, in der Festschrift für B. Windscheid S. 1—47 (1889).] Unterholzner II S. 169—179,

an die Person des Unternehmers als solche, sondern an eine bei der Unternehmung gegenwärtige Person gerichtet werde[3];

b) daß der Einspruch gegründet werde entweder: α) auf die Freiheit des Eigenthums[4], oder eine negative Dienstbarkeit[5], oder eine

---

Sintenis II S. 750—754, Vangerow III § 676 Anm., Brinz 2. Aufl. I § 175, Holzschuher III § 319, Dernburg I § 233.

[1] Die technische Bezeichnung des römischen Rechts für den Einspruch gegen eine Bauthätigkeit ist: operis novi nuntiatio. Die Grundsätze über die operis novi nuntiatio sind ein Stück des römischen Stadtrechts, das interdictum quod vi aut clam ist ein Stück des römischen Reichsrechts. Jene haben ihre Ausbildung ohne Zweifel durch das Edict des praetor urbanus erhalten, das interdictum quod vi aut clam gehört dem Edict des praetor peregrinus an. Vgl. übrigens über die Quellen der operis novi nuntiatio auch Stölzel S. 116. 117 und die daselbst Citirten, Schmidt VJSchr. S. 292, Burckhard S. 6 fg. § 466.

[2] L. 1 § 11—14 D. h. t. Vgl. l. 5 § 11 D. h. t., l. 3 § 8 D. de rivis 43. 21. Seuff. Arch. XV. 226; vgl. aber auch Stölzel S. 528, Burckhard S. 17.

[3] L. 5 § 1—4 l. 1 § 5 l. 10. 11 D. h. t. Sonstige positive Vorschriften über die Art und Weise der Erhebung des Einspruches gibt es nicht. Vgl. noch l. 1 § 2. 4. 8 l. 5 § 15. 16 l. 8 § 1. 5 l. 16 l. 19 D. h. t.; l. 5 § 6 l. 18 pr. D. h. t., l. 1 § 3 l. 5 § 18 l. 13 pr. l. 5 § 1 D. h. t. Stölzel S. 20—24, Burckhard S. 28—52, und die daselbst Citirten. Seuff. Arch. V. 28. c. Ueber l. 5 § 7 D. h. t. s. Vangerow S. 548 (7. Aufl. S. 532).

[4] Die Freiheit des Eigenthums vertreten (mit der actio negatoria) kann aber außer dem Eigenthümer selbst (l. 1 § 3 D. de remiss. 43. 25, l. 5 § 8 D. h. t.) auch der redliche Erwerber (I § 199 Note 3, Jhering Abhandl. S. 108), so wie der Emphyteuta, der Superficiar und der Pfandgläubiger (welchen utilis rei petitio zusteht, s. auch l. 3 § 3 D. h. t. in Verbindung mit l. 2 pr. D. si serv. 8. 5, vgl. I § 219 Note 11. § 223 Note 9, Jhering a. a. O. S. 124. 125; a. M. Stölzel S. 55—57 [dagegen Vangerow 7. Aufl. S. 531]). Der Miteigenthümer ist dem Miteigenthümer gegenüber zur operis novi nunt. nicht berechtigt, l. 3 § 1. 2 D. h. t. Stölzel S. 59 fg., Burckhard S. 95 fg., Brinz 1. Aufl. S. 292 fg., Steinlechner iuris communio II S. 158 fg., [Schott S. 16 fg.].

[5] Die Quellen nennen die servitus non altius aedificandi und die servitus ne luminibus oder ne prospectui officiatur (l. 2 l. 5 pr. D. h. t., l. 15 D. de S. P. U. 8. 2), ferner die servitus oneris ferendi, l. 6 § 7 D. si serv. 8. 5 (s. unten), und schließen ausdrücklich aus die servitus viae, l. 14 D. h. t. Der Gedanke, welcher der Beschränkung der operis novi nunt. auf die negativen Servituten zu Grunde liegt, ist dieser: sie soll zulässig sein nur auf Grund derjenigen Rechte, welche ein Verbietungsrecht unmittelbar enthalten, nicht erst durch einen Schluß ergeben, oder in der Sprache des classischen Rechts ausgedrückt, aus welchen man die Formel begehren kann: ius adversario non esse . . invito me, oder: ius mihi esse prohibendi adversarium (vgl. l. 1 pr. D. de remiss. 43. 25, l. 1 § 4 eod., l. 2 l. 21 pr. D. h. t.). Was die servitus oneris ferendi angeht, s. Stölzel S. 35, und vgl. dens. überhaupt S. 24 fg., und über die verschiedenen Meinungen die das. und S. 527 Citirten, auch Vangerow Nr. I. 2. a, Holzschuher III § 319 Nr. 2, Hesse Jahrb. f. Dogm. VIII S. 77 fg. und Einspruchsrecht S. 115 fg., Burckhard S. 70 fg., [Schott S. 24 fg.]. — Auch die Servitut kann, wie die Freiheit des Eigenthums, nicht bloß von dem Eigenthümer des herrschenden Grundstückes geltend gemacht werden. Deßwegen sind auf Grund

gesetzliche Eigenthumsbeschränkung, deren unmittelbarer Inhalt ein Nichtthun des Eigenthümers ist[6]; oder β) auf die gesetzlichen Vorschriften über die Benützung öffentlicher Sachen[7]; oder γ) auf die Verpflichtung des Gegners, Sicherheit für befürchteten Schaden zu leisten[8].

2. Sind diese Erfordernisse erfüllt, so darf

a) der Einspruch selbst dann nicht mißachtet werden, wenn der Unternehmer sich demselben gegenüber nicht auf ein Gegenrecht beruft, sondern ihn als an und für sich unbegründet bestreitet. Vielmehr muß der Unternehmer auch in diesem Falle mit seiner Thätigkeit so lange innehalten, bis er richterliche Aufhebung des Einspruches[8a] erwirkt hat. Dieselbe wird ihm ertheilt: 1) für den Fall daß der Einsprechende nicht binnen einer vom Richter zu bestimmenden kurzen Frist den Proceß auf Anerkennung seines Einspruchsrechts erhebt[9]; 2) wenn der Einsprechende nicht den ihm auf Antrag des Unter-

---

einer negativen Servitut zur operis novi nunt. ferner berechtigt: der redliche Erwerber (I § 217 Note 7), der Emphyteuta und der Superficiar (l. 3 § 3 D. h. t., l. 16 D. de serv. 8. 1), der Pfandgläubiger (l. 9 D. h. t., l. 1 § 5 D. de remiss. 43. 25, l. 16 D. de serv. 8. 1). In Betreff des Nießbrauchers stritten die römischen Juristen darüber, ob derselbe die dem Nießbrauchsgrundstück zustehenden Servituten als solche klagend verfolgen könne, oder ob er Schutz in diesen Servituten nur auf dem Wege der vindicatio ususfructus erlangen könne, l. 1 pr. l. 5 § 1 D. si ususfr. 7. 6, l. 1 § 20 l. 2 D. h. t., l. 1 § 4 D. de remiss. 43. 25. Dieser Streit muß für die Compilation, nach der Art und Weise, wie in derselben l. 2 cit. eingeschoben worden ist, und nach der Art und Weise, wie l. 1 § 4 cit. redet oder von den Compilatoren zugeschnitten worden ist, wenigstens was die operis novi nunt. angeht, als dahin erledigt angesehen werden, daß allerdings auch der Nießbraucher auf Grund einer dem Nießbrauchsgrundstück zustehenden negativen Servitut zur operis novi nunt. berechtigt ist. Vgl. Stölzel S. 48, Burckhard S. 86 fg., Brinz 1. Aufl. S. 259 fg., auch Ihering Abhandlungen S. 127.

[6] L. 1 § 17 D. h. t., l. 3 pr. D. de mort. inf. 11. 8.

[7] L. 1 § 16. 17 l. 5 § 9 D. h. t. Für das römische Recht sind hinzuzufügen die res sacrae und religiosae. Ferner stand nach römischem Recht wegen Verletzung der Vorschriften über den Gebrauch öffentlicher Sachen jedem Bürger die operis novi nunt. zu, nicht bloß dem dadurch Benachtheiligten, l. 3 § 4 l. 4 l. 5 pr. vgl. mit l. 1 § 19 D. h. t. Stölzel S. 136 fg., Burckhard S. 118 fg.

[8] L. 1 § 16—18 D. h. t. Stölzel S. 118 fg., Burckhard S. 145 fg.

[8a] Remissio nuntiationis. Dig. 43. 25 de remissionibus.

[9] Der Hauptfall der Remission; derselbe ist vorgesehen in der in l. 1 pr. tit. cit. enthaltenen Edictsstelle. „Quod ius sit illi prohibere ne se invito fiat in eo nuntiatio teneat; ceterum nuntiationem missam facio". Vgl. dazu l. 2 § 2 D. eod., l. 1 pr. D. h. t. Die bezeichneten Worte sind das Formular für den Wiederaufhebungsausspruch, welchen der Prätor im gegebenen Fall auf einseitiges Begehren des Unternehmers nach Art eines Interdicts ertheilte, woraus sich die Stellung des Titels de remissionibus mitten unter Interdicten erklärt. Vgl. namentlich Schmidt Zeitschr. S. 42 fg., sodann

nehmers richterlich aufzuerlegenden Gefährdeeid ausschwört[10]; 3) im Fall, wo der Einspruch im Namen eines Andern erhoben wird, wenn

Stölzel S. 170 fg., und wieder Schmidt VJSchr. S. 299, neuestens Burckhard S. 298 fg., 389 fg. (welcher den Remissionsausspruch sogar für ein wirkliches Interdict erklärt, s. diese Note a. E.). Aber so wenig derjenige, gegen welchen ein Interdict erlassen worden war, sich demselben ohne Weiteres zu fügen brauchte, so wenig brauchte sich der Nuntiant dem Remissionsausspruch ohne Weiteres zu fügen; vielmehr konnte Dieser, wie Jener, ein (durch sponsio und restipulatio vermitteltes) Judicium über die Begründetheit des prätorischen Spruches begehren. Hierfür läßt sich zwar kein directes Quellenzeugniß beibringen: aber es scheint mir nach der Analogie des Interdictenverfahrens vollkommen sicher. Vgl. mit Gai. IV. 141 l. 1 § 9 D. h. t. (in welcher Stelle die „praetoria iurisdictio“ nicht zur Annahme eines Verfahrens extra ordinem nöthigt). Der materielle Gehalt dieses iudicium war durch den Remissionsausspruch vorgezeichnet; derselbe hatte sich ausdrücklich an das Bestehen eines ius prohibendi gebunden. Da er aber nicht gesagt hatte: ich hebe den Einspruch auf, wenn kein ius prohibendi besteht, sondern: ich hebe den Einspruch auf und halte ihn nur für den Fall aufrecht, daß ein ius prohibendi besteht, so traf den Nuntianten die Beweislast. In diesem Sinne sagen die Quellen: „in operis novi nuntiatione possessorem adversarium facimus“ (l. 1 § 6 l. 5 § 10 D. h. t.; vgl. über die verschiedenen Auffassungen, welche dieser Satz erfahren hat, Wiederhold S. 91 fg., Hasse S. 613, Francke Arch. für civ. Pr. XVII S. 376, Schmidt Zeitschr. S. 19. 30 fg., Rudorff S. 129, Stölzel S. 256 fg., Baron S. 484 fg., Burckhard S. 174 fg.). Nach Justinianischem und nach heutigem Recht wird der dargestellte Rechtszustand dadurch wiedergegeben, daß der Richter auf Antrag des Unternehmers dem Einsprecher eine kurze Frist zur Anbringung einer Klage setzt, in welcher Letzterer ein den Einspruch rechtfertigendes Recht zu behaupten und zu beweisen hat. Vgl. Stölzel S. 534—536, Francke Arch. f. civ. Pr. XXII S. 379. — Uebrigens ist das hier Ausgeführte weit davon entfernt, allgemein anerkannt zu sein; vielmehr findet sich über die Bedeutung der Remission eine bunte Verschiedenheit der Ansichten. Vgl. die Nachweisungen bei Stölzel S. 271—291, Karlowa S. 95, Burckhard S. 277 fg. 1) Im Wesentlichen stimmen mit dem hier Gesagten überein Hasse S. 615 fg., Francke Arch. für civ. Pr. XXII S. 376 fg., Stölzel S. 166 fg. Wenn aber dieser letztere Schriftsteller (nach dem Vorgange von Wiederhold S. 111 fg.) hinzufügt, daß es dem Unternehmer verwehrt gewesen sei, in dem Remissionsproceß gegenüber dem an und für sich begründeten Verbietungsrecht des Einsprechenden ein etwaiges Gegenrecht geltend zu machen, so ist dieß nicht haltbar. Jedenfalls durfte der Unternehmer der Berufung auf das Eigenthumsrecht gegenüber sich auf eine Servitut berufen, weil, diese vorausgesetzt, ein ius prohibendi auf Seiten des Eigenthümers eben nicht vorhanden war (Schmidt VJSchr. S. 294 fg., Karlowa S. 76. 77, Burckhard S. 288), und es ist nicht abzusehen, warum der Prätor die Einrückung einer exceptio zum Zweck der Geltendmachung einer obligatorischen Gestattung oder eines sonstigen Gegenrechts hätte verweigern sollen. Aus l. 8 § 4 D. h. t., auf welche sich Stölzel beruft, geht allerdings hervor, daß nach ertheilter Remission möglicherweise das ius aedificandi noch in Frage stehen konnte; aber Remission wurde nicht bloß wegen materieller Unbegründetheit des Einspruches ertheilt (Note 10. 11), und wie, wenn der Einsprechende sich dem Remissionsdecret gefügt hatte? 2) Andere lassen in dem Remissionsverfahren die Frage der materiellen Begründetheit des Einspruches nur provisorisch, auf Grund summarischer Cognition, entschieden werden, und behalten dem

nicht für die Genehmigung desselben Sicherheit gegeben wird[11]. Fährt der Unternehmer vor Aufhebung des Einspruches in seiner Thätigkeit fort, so ist er zur Wiederherstellung des früheren Zustandes und zum

---

Unterliegenden ein künftiges Petitorium vor. S. die bei Stölzel S. 273. 274, Karlowa S. 65 Note 18, Burckhard S. 278 Genannten, ferner Hesse Einspruchsrecht S. 130 fg., vgl. dens. Rechtsverhältnisse 2c. S. 94. 2. Aufl. S. 394. 3) Noch Andere schließen die Frage nach der materiellen Begründetheit des Einspruchsrechts aus dem Remissionsverfahren ganz aus. Dabei finden sich noch verschiedene Auffassungen, welche aber zum Theil mit einander combinirt werden. a) Die Remission werde ertheilt wegen formaler Mängel des Einspruches oder wegen späterer Entkräftigung desselben (s. im Text Ziff. 3). Vangerow S. 553 (7. Aufl. S. 537), Schmidt Zeitschr. S. 39. 40, Rudorff S. 139. 140; dagegen Karlowa S. 60 fg., Burckhard S. 330. b) Sie werde ertheilt auf Grund der geleisteten Caution. So Schmidt Zeitschr. S. 40 fg. VJSchr. S. 301, welcher Schriftsteller die Bedeutung der Nuntiation eben darin sieht, daß durch dieselbe die Leistung der Caution indirect habe erzwungen werden sollen. Dagegen Rudorff S. 142, Stölzel S. 284 fg., Karlowa S. 66 fg.; dafür Burckhard S. 337 fg., Brinz a. a. O. S. 251 fg. Pandekten 2. Aufl. I S. 705, Dernburg I § 233 Note 18. (Was hier D. gegen mich bemerkt, ist nur bei der Annahme erklärlich, daß er bloß den Text zu dieser Note, nicht die Note selbst gelesen hat.) c) Die Remission werde ohne Weiteres ertheilt, so daß der Unternehmer sofort in seiner Thätigkeit fortfahren dürfe, bis der Einsprechende ihm sein Einspruchsrecht bewiesen habe (im Petitorium: Rudorff S. 140, — im interd. demolitorium: Karlowa S. 65 fg. [vgl. dens. Rechtsgeschäft S. 82 Note 1], Baron S. 519 fg., welche letztere Schriftsteller sich noch dadurch unterscheiden, daß Jener den Gegenbeweis eines ius aedificandi zuläßt, Dieser nicht). Vgl. noch Donellus comm. de iure civ. lib. XV c. 46 § 18. Dawider Burckhard S. 291 fg. — Was die eigene Ansicht dieses letztgenannten Schriftstellers, des neuesten Bearbeiters unserer Lehre angeht, so ist bereits bemerkt worden, daß derselbe sich der Schmidt'schen Ansicht anschließt, nach welcher die Remission um den Preis einer vom Unternehmer zu leistenden Caution erkauft werden muß. Eigenthümlich ist die Ansicht Burckhard's, daß derselbe (S. 298 fg. 389 fg.) annimmt, in der Remission liege ein zu Gunsten des Einsprechenden ertheiltes prohibitorisches Interdict, und das Verbietungsrecht des Einsprechenden sei nach classischem römischen Recht in dem an dieses Interdict sich anschließenden Verfahren ausgeführt worden. Dawider Brinz 1. Aufl. S. 256. Dafür Lenel Ed. perpetuum S. 388 Note 7. Was das Justinianische Recht angeht, so ist Burckhard (S. 553 fg.) in dieser Beziehung mit dem oben Gesagten im Wesentlichen einverstanden.

[10] L. 5 § 14 D. h. t. Allerdings sagt die Stelle nicht, daß die Folge der Eidesverweigerung Remission sei, und es läßt sich nicht wohl bestreiten, daß die Eidesverweigerung auch ohne Remission dem int. demolitorium gegenüber geltend gemacht werden könne. Aber das Nächstliegende ist es doch, daß der Richter bei der Eidesauflage sogleich das Präjudiz der Remission hinzufügt. Vgl. Stölzel S. 238 fg., Karlowa S. 60. 61, Burckhard S. 247 fg. 333, Brinz 1. Aufl. S. 258. [Dernburg I § 233 Note 17.]

[11] L. 5 § 18 D. h. t. „Qui procuratorio nomine nuntiaverit, si non satisdabit, eam rem dominum ratam habiturum, nuntiatio omnimodo remittitur, etiamsi verus sit procurator". Stölzel S. 246. Ueber l. 13 pr. § 1 s. Vangerow I. 4 a. E., Stölzel S. 247. 248.

Schadensersatz verpflichtet[12], ohne jetzt die Frage der materiellen Berechtigung zur Sprache bringen zu dürfen[13].

b) Auch durch Sicherheitsleistung[14] kann in diesem Fall der Unternehmer sich nicht sofort das Recht zur Fortsetzung seiner Thätigkeit erkaufen, sondern muß dem Gegner drei Monate zur Ausführung seines Verbietungsrechts lassen[15]. Von der anderen Seite

[12] S. g. interdictum demolitorium, l. 20 pr. — § 8 D. h. t. Hasse S. 595 fg., Schmidt Zeitschrift S. 32 fg., Rudorff S. 131 fg., Stölzel S. 210 fg., Baron S. 528 fg., Burckhard S. 189 fg. Der Anspruch verjährt in der gewöhnlichen Zeit, l. 20 § 6 D. h. t. Dagegen gelten für die Verhaftung der Erben, wie beim interd. q. v. a. cl., die Grundsätze von den Delictsansprüchen (§ 359 Ziff. 2; römisches Recht: l. 20 § 8 l. 22 D. h. t.). In welchem Sinne man hier von einem Delictsanspruche (l. 22 cit.: poena) gegenüber l. 1 § 5 l. 10. 11 D. h. t. reden könne, darüber s. Stölzel S. 217 fg., Burckhard S. 198 fg. Ein Anspruch gegen den dritten unschuldigen Besitzer, wie beim int. q. v. a. cl., ist hier nicht bezeugt, l. 22 D. h. t. handelt nur vom Erben; dawider spricht l. 5 § 5 l. 18 D. h. t., und eher dawider als dafür l. 3 § 3 D. de al. iud. mut. c. 4. 7 in Verbindung mit § 2 und § 4 eod. Stölzel S. 214 fg., Baron S. 529; anders Hasse S. 600 fg., Vangerow S. 552 (7. Aufl. S. 535), Schmidt Zeitschr. S. 37, Burckhardt S. 204 fg.

[13] L. 20 pr. § 1. 3. 4 l. 1 pr. § 7 D. h. t. Hasse S. 607, Vangerow S. 552 (7. Aufl. S. 535), und nach ihnen Karlowa S. 62 fg. (vgl. auch die Angaben bei Stölzel S. 540. 541), stellen die Behauptung auf, in dem interd. demolitorium müsse der Einsprechende jedenfalls beweisen, daß er ein Recht habe, das Grundstück, für welches der Einspruch erhoben worden sei, zu vertreten. Die dafür beigebrachten Gründe sind nicht überzeugend. S. auch Stölzel S. 227, Burckhard S. 240 fg.

[14] Dieselbe muß auch hier, wie beim interdictum q. v. a. cl., regelmäßig durch Bürgschaft erfolgen; bloßes Versprechen genügt nur in dem Falle, wo die Bauthätigkeit auf einem öffentlichen Grundstück vorgenommen wird, l. 8 § 3 D. h. t., l. 1 § 6 D. de stip. praet. 46. 5. Vgl. überhaupt l. 5 § 17 l. 8 § 3. 4 l. 12 l. 20 pr. § 1. 9. 13 l. 21 D. h. t., l. 2 § 1 D. de stip. praet. 46. 5, l. un. C. h. t. Hasse S. 620, Schmidt Zeitschr. S. 22 fg., Rudorff S. 143 fg., Schmidt Jahrb. S. 215 fg., Stölzel S. 105 fg., Schirmer prätorische Judicialstipulation S. 85 fg., Ubbelohde Zeitschrift für Civ. u. Pr. N. F. XVIII S. 101 fg. und Lehre von den untheilbaren Obligationen S. 99 fg., Karlowa S. 82 fg., Hesse Einspruchsrecht S. 143 fg., Burckhard S. 420 fg. — Wenn zum Zwecke der Erlangung von Sicherheit für Ersatz befürchteten Schadens Einspruch erhoben wird, so wird natürlich das Recht zur Fortsetzung der Bauthätigkeit durch Leistung dieser Sicherheit erlangt.

[15] So, in Abänderung des bis dahin geltenden Rechts, Justinian in l. un. C. h. t. (wiederholt in c. 3. 4 X. de op. novi nunt. 5. 32). Ob nicht die l. un. C. cit. anders gedeutet werden kann, so daß das alte Cautionsrecht neben ihr fortbestehen würde? Hasse S. 619. 622 (dawider Vangerow S. 555 [7. Aufl. S. 539], wo aber Hasse's Meinung nicht vollständig referirt ist), Schmidt Jahrb. S. 222 fg. (dawider Arndts § 330 Anm. 5, Karlowa S. 81), Stölzel S. 314 fg., Burckhard S. 523 fg. (welcher glaubt, die Caution sei bereits vor Justinian außer Gebrauch gekommen, und von Justinian für den bezeichneten Fall neu wieder eingeführt worden), [Dernburg I § 233 Note 24]. Seuff. Arch. VII. 44. S. noch die Angaben bei Stölzel S. 528—533.

wird der Unternehmer aber auch, wenn er Sicherheit geleistet oder der Gegner die angebotene nicht angenommen hat, nach dieser Zeit in der Fortsetzung seiner Thätigkeit richterlich geschützt[16].

3. Der Einspruch verliert auch abgesehen von dem Fall der richterlichen Aufhebung seine Kraft durch den Tod des Einsprechenden und durch die Veräußerung des Grundstückes, für welches er erhoben worden ist[17]. Er bewährt nicht seine Kraft gegenüber einer Thätigkeit, welche im öffentlichen Interesse liegt, oder bei welcher Gefahr im Verzuge ist[18].

Ein Einspruch, welcher nach den hier dargestellten Grundsätzen zu wirken nicht im Stande ist, behält immer diejenigen Wirkungen, welche ihm nach § 465 zukommen[19].[20]

---

[16] Aber unter allen Umständen nur, wenn er Sicherheit durch Bürgschaft geleistet bez. angeboten hat. L. 20 § 9—15 D. h. t., l. 5 § 20 l. 6. 7 pr. eod. Stölzel S. 111 fg.

[17] L. 8 § 6 D. h. t. Anders beim interdictum q. v. a. cl., l. 13 § 5 i. f. l. 11 § 9 D. quod vi aut cl. 43. 24. Dagegen wirkt der Einspruch gegen den Erben und Sondernachfolger des Unternehmers fort. L. 8 § 7 l. 23 D. h. t. (vgl. l. 20 § 3 D. quod vi aut cl. 43. 24). Ueber l. 3 § 3 D. de al. iud. mut. c. 4. 7 f. Hasse S. 603 fg., Vangerow Nr. II. 2. a, Stölzel S. 224 fg., Hesse Einspruchsrecht S. 111 fg., Burckhard S. 216 fg. — Im classischen römischen Recht erlosch die Wirkung der operis novi nunt. auch durch Ablauf eines Jahres, l. un. C. h. t. Vgl. Karlowa S. 80 fg., Burckhard S. 521. Daß ihre Wirkung durch Vertrag der Parteien aufgehoben wird (l. 1 § 10 D. h. t.), versteht sich von selbst.

[18] L. 5 § 11—13 D. h. t. Vgl. Seuff. Arch. V. 28. f.

[19] Daß eine gültige operis novi nunt. auch das interdictum q. v. a. cl. erzeuge, sagt ausdrücklich l. 7 § 2 D. quod vi aut cl. 43. 24. Es ist aber ferner nicht abzusehen, weßwegen eine ungültige deßwegen nicht als Verbot schlechthin wirken sollte, weil sie als qualificirtes Verbot zu wirken nicht im Stande ist. Seuff. Arch. XIX. 234.

[20] Man hat behauptet (von Neueren gehören hierher namentlich Sintenis S. 753 Anm. Col. 2, Stölzel S. 353. 527. 550), die operis novi nunt. habe nach römischem Recht, um als solche zu wirken, durch ihre Form oder durch ihren Wortausdruck (nuntiare) sich von einem gewöhnlichen Verbote unterscheiden müssen; da nun das heutige Rechtsleben eine entsprechende Form oder einen entsprechenden Wortausdruck nicht mehr kenne, so sei eben deßwegen die römische Theorie von der operis novi nunt. unanwendbar. Aber die erwähnte Behauptung ist vollkommen unbewiesen. Es mag sein, daß die Römer für das Bauverbot eine hergebrachte Formel gehabt haben — was Niemand weiß; jedenfalls machen unsere Quellen die eigenthümlichen Wirkungen des Bauverbotes von dem Gebrauch dieser Formel nirgends abhängig, und diese eigenthümlichen Wirkungen treten daher überall ein, wo die materiellen Voraussetzungen vorhanden sind, welche für die operis novi nunt. verlangt werden. — Man hat die heutige Anwendbarkeit der römischen Theorie von der operis novi nunt. auch deßwegen bestritten, weil man behauptet, die operis novi nunt. sei im heutigen Rechtsleben durch ein vom Richter zu erwirkendes provisorisches Inhibitionsdecret verdrängt worden; so namentlich Zimmermann, Sintenis, Hesse, Dernburg. Aber ein abschaffen-

G. Verletzung der Vorschriften über den Gebrauch öffentlicher Sachen.

§ 467.

Die Privatansprüche, welche das römische Recht aus der Verletzung dieser Vorschriften entstehen läßt, haben zwar heutzutage durch die weitere Ausdehnung des polizeilichen Schutzes zum großen Theil ihre Bedeutung verloren[1]; principiell darf aber ihre Anwendung nicht bestritten werden[2].

1. Vorrichtung auf einem öffentlichen Grundstück zum Nachtheil eines Andern[3]. Derjenige, welcher durch die Vorrichtung benachtheiligt wird, kann gegen die Errichtung derselben ein gerichtliches Verbot erwirken, und hat einen Anspruch auf Wiederherstellung des

---

des Gewohnheitsrecht ist so wenig nachweisbar, daß allein das Seuffert'sche Archiv eine ganze Reihe von Erkenntnissen enthält, in denen die operis novi nunt. als praktisches Rechtsinstitut behandelt wird (III. 58. 174, V. 28. 78, VII. 44. 45, IX. 161, XIV. 139, XV. 226, XIX. 234, XXI. 56, XXVII. 239, XXXIII. 202 a. E.), theilweise unter ausdrücklicher Verwerfung der entgegengesetzten Ansicht (III. 58, IX. 161, XXXV. 207), und nur zwei, in welchen die letztere anerkannt würde (XVIII. 139 [OAG. zu Wiesbaden], XXVIII. 134 [OAG. zu Berlin]). S. auch Entscheid. des OAG. zu Rostock IX S. 132 fg., Heinzerling a. a. O. S. 239 fg. und die Ausführungen bei Stölzel S. 536 fg. und bei Burckhard S. 537 fg.

[1] Darauf, daß diese Ansprüche nur Aushülfe bei Ermangelung polizeilichen Schutzes sein sollen, weisen die Quellen selbst hin. L. 2 § 17. 24. 25 D. ne quid in loco publ. 43. 8. S. auch Dig. 43. 10 de via publica et si quid in ea factum esse dicatur. § 467.

[2] Vgl. Puchta § 35a i. A., Sintenis I S. 413, Bruns Zeitschr. f. RG. III S. 410, Rechtssprüche und Gutachten der Juristenfacultät zu Rostock (Berlin 1846) S. 152. 153. Zahlreiche Anwendungsfälle aus Seuffert's Archiv s. in den folgenden Noten, und vgl. auch das. XVII. 99. 224. S. ferner die citirten Rechtssprüche 2c. Nr. 8. — Nur soweit das römische Recht aus der Verletzung dieser Vorschriften einen Anspruch auch dem dadurch nicht Benachtheiligten gewährte (Bruns Zeitschr. f. RG. III S. 388 fg.), ist es heutzutage unanwendbar (§ 326 Note 6). Seuff. Arch. XXXII. 47, XXXVI. 199, XL. 51. Entscheid. d. RG. I S. 158. (Unklar Seuff. Arch. XXXVI. 95.) Hiermit ist auch die heutige Anwendbarkeit des interdictum ne quid in loco sacro fiat (Dig. 43. 6) beseitigt (vgl. I § 147 zu Note 4). — Daß in den hierher gehörigen Fällen unter Umständen auch Schutz durch die operis novi nunt. und das interdictum q. v. a. cl. erlangt werden kann, ist bereits gesagt worden (§ 465 Note 6, § 466 Note 7). — [Bekker Pand. I S. 342 will neben den römischen Interdicten actio quasi confessoria und actio quasi negatoria gewähren.]

[3] L. 2 pr. — § 19 l. 6. 7 D. ne quid in loco publ. 43. 8. Unterholzner II S. 186—188, Heimbach im Rechtslexikon V S. 591—593, Reinhard Arch. f. civ. Pr. XXXII S. 201—208, Stölzel Jahrb. für Dogm. VIII S. 156 fg. Seuff. Arch. X. 166, XXXVI. 5. Ueber den Begriff der „Vorrichtung" (römisch: „facere immittere") vgl. Schmidt (von Ilmenau) Zeitschr. f. gesch. RW. XV S. 60—62.

früheren Zustandes, wenn gegen das Verbot fortgefahren wird[1]. Wer die Nutzungen eines öffentlichen Grundstückes gepachtet hat, hat gegen denjenigen, welcher ihn in dem ihm zuständigen Gebrauch stört, einen Anspruch auf Unterlassung und Schadensersatz[1a].

2. Vorrichtung auf einem öffentlichen Wege, durch welche derselbe schlechter wird. Der dadurch Benachtheiligte hat einen Anspruch gegen den Thäter auf Wiederherstellung und Schadensersatz, gegen den dritten unschuldigen Besitzer auf Gestattung eigener Wiederherstellung[5].

3. Störung in dem Gebrauch oder in der Ausbesserung eines öffentlichen Weges. Anspruch für den Benachtheiligten auf Unterlassung der Störung und Schadensersatz[6].

---

[1] L. 7 D. h. t. Ohne vorherige Erwirkung eines gerichtlichen Verbotes hat er einen Anspruch auf Wiederherstellung (nach diesem Rechtssatz, aber s. auch Note 2 a. E.) nicht. L. 2 pr. D. h. t. „De eo quod factum erit, interdictum non dabo." L. 2 § 17 eod. Vgl. Schmidt Interdictenverfahren S. 332. 333, auch S. 59. 60; Buchka und Budde Entscheidungen 2c. V S. 136. 287 fg. (= Seuff. Arch. XXII. 144, XXIX. 141). Anders die in Note 2 citirten Rechtssprüche 2c. S. 153. 154, Stölzel a. a. O. beschränkt den angeführten Satz auf Grund von l. 2 § 17 cit. mit Unrecht auf Bauten. — Es kann auch der Richter Caution wegen Nichtfortsetzung der Thätigkeit auferlegen (l. 2 § 18 D. h. t., vgl. übrigens Schmidt Interdictenverfahren S. 278. 279. 329), heutzutage: die Fortsetzung bei Strafe verbieten. — Wie ist es, wenn die Vorrichtung von einer öffentlichen Behörde ausgeht? Zimmermann Zeitschr. für Civ. u. Pr. N. F. XII S. 96 fg., Hesse Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn II S. 131 fg. [Bekker Pand. I S. 345 fg.] Seuff. Arch. V. 27. 134, X. 166, XVIII. 141, XXIX. 243. 244, XXXI. 41, XXXIV. 306. Buchka und Budde Entscheidungen 2c. V S. 287—296 (= Seuff. Arch. XXII. 144). Vgl. auch die in Note 6 g. E. citirten Entscheidungen des Reichsgerichts.

[1a] Dig. 43. 9 de loco publico fruendo. L. 1 pr. tit. cit.: — „vim fieri veto". Nach classischem römischen Recht entstand also ein Schadensersatzanspruch erst aus den nach Auswirkung des Interdicts vorgenommenen Handlungen. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 55. 328 fg. (I § 159 Note 2). S. auch l. 1 § 7 D. ut in flum. publ. 43. 14. Anwendungsfälle in Seuff. Arch. VIII. 261, XVII. 224.

[5] L. 2 § 20—44 D. ne quid in loco publ. 43. 8. Unterholzner II S. 189—191, Heimbach im Rechtslex. V S. 593—595, Reinhard a. a. O. S. 208—212. Das praetorische Edict stellte für diesen Fall ein doppeltes Interdict auf, ein prohibitorisches (l. 2 cit. § 20—34) und ein restitutorisches (l. 2 cit. § 35—44). Im Justinianischen Recht setzt auch das erste Interdict nicht mehr vorgängige Erwirkung eines richterlichen Verbotes voraus, ist also ebenfalls restitutorisch geworden; doch hat neben demselben das restitutorische Interdict immer noch Bedeutung wegen seiner Richtung gegen den dritten Besitzer. L. 2 cit. § 37. 38. 43. Ueber die Anwendbarkeit des restitutorischen Interdicts gegen den nicht mehr besitzenden Errichter s. das. § 39. 40. 42. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 328—331. Beide Interdicte beziehen sich übrigens nicht auf Stadtstraßen, l. 2 cit. § 24. 36. Vgl. Seuff. Arch. XXIX. 140. S. noch l. 3 pr. D. de loc. et itiner. publ. 43. 7 und Seuff. Arch. XIX. 235, XXVII. 135.

[6] L. 2 § 45 D. ne quid in loco publ. 43. 8, Dig. 43. 11 de via publica

4. Vorrichtung in einem öffentlichen fließenden Gewässer oder auf dessen Ufer, durch welche Vorrichtung die Schifffahrt beeinträchtigt wird. Wie bei Ziff. 2[7].

5. Vorrichtung in einem öffentlichen fließenden Gewässer oder auf dessen Ufer, durch welche Vorrichtung der Lauf des Wassers im Verhältniß zum nächstvorhergehenden Sommer abgeändert wird. Ebenso[8].

6. Störung in der Benützung eines öffentlichen fließenden oder sonstigen Gewässers zur Schifffahrt oder zu einem sonstigen erlaubten Zweck; Störung in der bezeichneten Benützung der Ufer eines solchen Gewässers zum Zweck der Schifffahrt; Störung in der Wiederherstellung und Befestigung der Ufer eines solchen Gewässers. Wie bei Ziff. 3[9].

---

et itinere publico (beide Male: „vim fieri veto", vgl. Note 5). Unterholzner II § 382. 412, Heimbach im Rechtslex. V S. 595—597. 585—586, Reinhard a. a. O. S. 212—214. Seuff. Arch. XXXVI. 199. Entsch. d. RG. I S. 156, [XXI S. 191 (= Seuff. Arch. XLIII. 270)]. S. auch Entsch. d. RG. III S. 173 (= Seuff. Arch. XXXVI. 277), VI S. 160 [(= Seuff. Arch. XXXVIII. 29), XXI S. 191 (= Seuff. Arch. XLIII. 270), RG. 21/3 89 bei Seuff. Arch. XLIV. 188]: gegen Einziehung oder Veränderung des öffentlichen Weges durch das competente Gemeinwesen ist ein Anspruch nicht begründet. S. auch Seuff. Arch. XXIX. 243, [XLV. 99]. [Dawider Bekker I S. 347.]

[7] L. 1 D. de fluminibus 43. 12. Unterholzner II § 403. 404, Heimbach im Rechtslexicon V S. 543 fg. Auch hier stellte der Prätor ein doppeltes Interdict auf, ein prohibitorisches und ein restitutorisches, vgl. Note 5. Daß der dritte unschuldige Besitzer nur auf patientia restituendi hafte, ist hier nicht ausdrücklich bezeugt, aber deßwegen nicht weniger sicher. Vgl. Schmidt Zeitschr. für gesch. RW. XV S. 64. Interdictenverf. S. 37. Eine Beeinträchtigung der Schifffahrt liegt auch in der Beeinträchtigung der „statio", d. h. desjenigen „locus . . ubicunque naves tuto stare possunt", l. 1 cit. § 13. Welche fließende Gewässer öffentliche Gewässer seien, darüber I § 146 Ziff. 3. Analoge Ausdehnung auf Anlagen im Meere, l. 1 cit. § 17. Bei Anlagen in nicht schiffbaren öffentlichen Gewässern hat der dadurch Benachtheilgte nur einen Anspruch auf patientia restituendi, l. 1 cit. § 12. 18. Vgl. Seuff. Arch. IX. 161 Nr. 1; IX. 293.

[8] Dig. 43. 13 ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat atque uti priore aestate fluxit". Unterholzner § 405. 406, Heimbach im Rechtslexicon V S. 589 fg. Auch hier enthielt das Edict zwei Interdicte, ein prohibitorisches und ein restitutorisches, vgl. Note 5. Eine Ausnahme gilt nach richterlichem Ermessen für den Fall, wo die Anlage den Schutz des Ufers zum Zweck hat, l. 1 § 6 D. tit. cit. Vgl. auch § 7 eod., wo die Schlußworte zu beachten sind: „sine iniuria utique accolarum". Seuff. Arch. IX. 161 Nr. 2. S. noch das. X. 167. 168, XIV. 38, XVII. 246, XIX. 118, XXII. 115. 116. 197, XXIII. 104, XXX. 114 Nr. 8, XXXII. 141, XXXIII. 131, [XLII. 8]. Buchka und Budde Entscheidungen 2c. V S. 83—99. VI S. 247 fg. VII S. 222 fg. [Entsch. d. RG. VIII S. 137, XV S. 183, XVIII S. 258.]

[9] Dig. 43. 14 ut in flumine publico navigare liceat. Dig. 43. 15 de ripa munienda. Unterholzner II § 386. 419, Heimbach im Rechtslexicon V S. 625 fg. 570 fg. Fließendes oder sonstiges öffentliches Gewässer: lacus, fossa,

7. Vorrichtung, durch welche ein öffentlicher Abzugsgraben verschlechtert wird. Wie bei Ziff. 2[10].

H. Störung des Begräbnißrechts.

§ 468.

Wer einen Andern unbefugterweise an der Beerdigung eines Leichnams oder an der Errichtung eines Grabmals hindert, haftet auf Unterlassung der Störung und Schadensersatz[1]. Der Anspruch geht auf die Erben des Berechtigten nicht über, auf die Erben des Verpflichteten nach allgemeinen Grundsätzen[2].

I. Störung der Rechtshülfe.

§ 469.

1. Wer sich der Verwirklichung einer richterlichen Einweisung in den Besitz, gleichviel ob vor oder nach der Besitzergreifung, arglistigerweise widersetzt, haftet dem Eingewiesenen auf Zulassung und Schadensersatz[1]. Der Anspruch verjährt in einem Jahre tauglicher Zeit, und verbindet die Erben nur nach den für die Delictsansprüche geltenden Grundsätzen; mit Ausnahme jedoch des Falles, wo die Einweisung zum Zweck der Sicherung des Vermächtnißnehmers erfolgt[2].

---

stagnum, l. 1 pr. D. 43. 14. Benützung zu einem sonstigen erlaubten Zweck: l. 1 § 9 D. 43. 14 nennt, gewiß nur beispielsweise, die Viehtränke. [Fischerei: l. 1 § 7 h. t. Seuff. Arch. XLII. 32. Wiesenberieselung: Entsch. d. RG. XVI S. 144 (= Seuff. Arch. XLII. 8). S. aber auch Seuff. Arch. XXXII. 141.] Im Edict war noch besonders vorgesehen der Fall, wo Jemand von der zuständigen Behörde das Recht der Wasserleitung aus einem öffentlichen Wasserbehälter (castellum) erlangt hat, l. 1 § 38 sqq. D. de aq. quot. 43. 20. Benützung der Ufer eines solchen Gewässers: l. 1 pr. § 9 D. 43. 14 nennt nur die ripa fluminis, kaum in ausschließendem Sinne. Auch Dig. 43. 15 spricht nur von ripa fluminis, und s. § 6 eod.; „Illud notandum, quod ripae, lacus, fossae, stagni muniendi nihil praetor hic cavit; sed idem erit observandum, quod in ripa fluminis munienda".

[10] L. 1 § 15. 16 D. de cloac. 43. 23. Schmidt (von Ilmenau) Zeitschr. f. gesch. RW. XV S. 51—76.

§ 468. [1] Dig. 11. 8 de mortuo inferendo et sepulcro aedificando (interdictum prohibitorium). L. 9 D. de relig. 11. 7 (actio in factum). Vgl. l. 6 C. de sep. viol. 9. 19. Unterholzner II S. 168. 209. Heimbach im Rechtslexicon V S. 563 fg. 573 fg.

[2] L. 9 D. de relig. *cit.*: „Unde miror, quare constare videatur, neque heredi neque in heredem dandam hanc actionem; nam, ut apparet, pecuniariae quantitatis ratio in eam deducitur". Man hat diese Stelle dahin verstehen wollen, es werde durch sie der aufgestellte Satz mißbilligt (Heimbach S. 565), was offenbar ungerechtigt ist. Vgl. § 359 Note 6. 12.

§ 469. [1] Dig. 43. 4 ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit. Unterholzner II § 373. 712. Bachofen Pfandrecht S. 467—475.

2. In gleicher Weise haftet derjenige, welcher eine Proceßpartei arglistigerweise am Erscheinen in einem gerichtlichen Termine verhindert, mag der dadurch Benachtheiligte der Verhinderte sein oder der Gegner[3]. — Außerdem gewährt das römische Recht gegen denjenigen, welcher einen Geladenen gewaltsam am Erscheinen vor Gericht verhindert, dem Ladenden binnen Jahresfrist einen Strafanspruch auf den Betrag seiner Klagforderung[4].

3. Auf Schadensersatz haftet auch derjenige, welcher eine Sache in der Absicht veräußert, um einem Andern die Verfolgung seines Rechtes zu schmälern[5]. Verjährung und Vererblichkeit des Anspruches wie bei Ziff. 1[6].

K. Verletzung der Amtspflicht.

§ 470.

Aus der Verletzung der Amtspflicht entsteht ein Schadensersatzanspruch für den Beschädigten dann, wenn dieser Verletzung Arglist oder grobe Nachlässigkeit zu Grunde liegt. Dieß gilt namentlich für die Thätgkeit des Richters bei Fällung eines Urtheils[1]; es gilt aber

---

[2] L. 1 § 8 D. h. t.; § 359 Ziff. 2.

[3] Dig. 2. 10 de eo per quem factum erit, quominus quis in iudicio sistat. Glück III S. 485 fg., Unterholzner II § 709.

[4] Dig. 2. 7 ne quis eum, qui in ius vocabitur, vi eximat. Glück III S. 421 fg., Unterholzner II § 726. Die Strafnatur des Anspruches ergibt sich aus l. 5 § 1 l. 6 D. h. t. Für die heutige Anwendbarkeit dieses Anspruchs muß die Ansicht maßgebend sein, welche man über die heutige Anwendbarkeit der römischen Privatstrafen hat (§ 326). Das Reichsstrafgesetzbuch enthält eine diese „Materie" betreffende Bestimmung nicht.

[5] Dig. 4. 7 Cod. 2. 54 [55] de alienatione iudicii mutandi causa. Unterholzner II § 342. 343, Wächter Württemb. Privatr. II S. 542 fg. Veräußerung: l. 3 § 1 l. 4 § 2. 4 l. 8 § 2 — l. 10 pr. l. 11 D. h. t.; l. 10 § 1 eod. Böse Absicht: l. 1 § 1 — l. 3 § 3 l. 3 § 5 l. 4 pr. l. 12 D. h. t. Schadensersatz: l. 3 § 4. 5 l. 8 pr. D. h. t.; s. auch l. 12 pr. D. h. t. (vgl. Sintenis II § 124 Anm. 24). Verhältniß zu dem Satze, daß der Besitzer haftet, si dolo desiit possidere: l. 4 § 1 D. h. t. (vgl. I § 193 Note 8, aber auch Francke Commentar zum Pandektentitel de her. pet. S. 149. 270). In integrum restitutio wegen alienatio iudicii mutandi causa? S. I § 116 Note 2 g. E.

[6] L. 4 § 6 — l. 7 D. h. t. in Verbindung mit § 359 Ziff. 2.

[1] Die Klage gegen den ein ungerechtes Urtheil fällenden Richter hat man § 470.
im Mittelalter Syndicatsklage genannt. S. über die Benennung Schilter Exerc. ad Pand. X § 60, G. L. Böhmer Electa iur. civ. II exerc. 4 c. I § 14 — und über die Sache die Abhandlungen von: G. Weber Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII S. 1 fg. (1834), Strippelmann Neue Sammlung ꝛc. III S. 289 fg. (1845), Schwarze Zeitschr. f. RPflege u. Verw. zunächst f. d. KR. Sachen N. F. XI S. 113 fg. XII S. 289 fg. XVIII S. 193 fg. (1853. 1854. 1859), Schlayer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII S. 128 fg. (1856), v. Völdernborff Arch. f. prakt. RW. N. F. XII S. 1 fg., Hafner Tübinger Inaug.-Diss. 1885; ferner

ferner auch für jede andere Thätigkeit des Richters bei Ausübung der streitigen oder der freiwilligen Gerichtsbarkeit[2], und ebenso gilt

---

Unterholzner II § 689—700, Sintenis II S. 766—773, Bayer Civilproc. S. 275—281, Heffter Civilproc. § 91, Wetzell Civilproc. § 36 Note 14. [G. Pfitzer Arch. für civ. Pr. LXXII S. 105 fg. (1888).] — Das Recht der Syndicatsklage ist äußerst bestritten. Und zunächst fragt es sich, ob der Richter in der That auch wegen grober Nachlässigkeit und nicht bloß wegen Arglist, oder ob er umgekehrt nicht bloß wegen grober, sondern auch wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit in Anspruch genommen werden kann. Das Material der Entscheidung ist folgendes. a) Das römische Recht gibt einen Anspruch gegen den Richter nicht bloß wegen dolus, sondern auch wegen „imprudentia" (l. 15 § 1 l. 16 D. de iud. 5. 1, l. 2 D. de poena iud. 7. 49, — l. 5 § 4 D. de O. et A. 44. 7, l. 6 D. de extr. cogn. 50. 13, pr. I. de obl. quae quasi ex del. 4. 5), im ersten Fall auf „vera aestimatio litis", im zweiten Fall auf „quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit". Ein Widerspruch zwischen den angeführten Stellen ist in der Sache nicht, und nur im Ausdruck insofern vorhanden, als sie die Bezeichnung: litem suam facere zum Theil auf den Fall des dolus beschränken, zum Theil auf den Fall der imprudentia erstrecken. Auch in anderen Stellen des römischen Rechts wird ein Anspruch gegen den Richter wegen Pflichtverletzung überhaupt, nicht bloß wegen doloser Pflichtverletzung anerkannt. Dig. 27. 8 de magistratibus conveniendis, l. 4 § 7 D. de damno inf. 39. 2, l. 29 C. de pact. 2. 3, l. 13 § 6 C. de iud. 3. 1, l. 19 C. de test. 4. 20. Vgl. übrigens Karlowa Rechtsgeschäft S. 153 Anm. 2, Lenel Ed. perpetuum S. 135. b) Durch die KGO. von 1555 Thl. III Tit. 53 § 4. 5. 6. 10 ist aber die Syndicatsklage ausdrücklich auf den Fall der Arglist beschränkt worden, s. auch J. R. A. § 157. Man hat dieß geleugnet mit Berufung auf die Worte des § 6 cit.: „oder anderer dergleichen Ursachen", welche von culpa lata zu verstehen seien (Sintenis S. 770 in der Anm.); diese Behauptung, obgleich wie es scheint, in dem Urtheile bei Seuff. Arch. XIV. 140 einfach adoptirt, ist kaum begreiflich. Von Anderen sind andere Wege eingeschlagen worden, um der reichsgesetzlichen Bestimmung gegenüber eine weitergehende Verhaftung des Richters zu rechtfertigen. Heffter a. a. O. leugnet (ebenso Hafner S. 55 fg.), daß durch die reichsgesetzliche Bestimmung gemeines Recht begründet worden sei; man wird sich, wenn man dieß annimmt, entschließen müssen, die KGO. überhaupt nicht als Quelle des gemeinen Rechts anzusehen. Man hat sodann gesagt, dem dolus stehe die lata culpa gleich (Wetzell a. a. O.). Dieser letztere Weg führt m. E. zum Ziel. Zwar halte ich den allgemeinen Satz, daß lata culpa dem dolus auch außerhalb contractlich oder sonst begründeter obligatorischer Verhältnisse in allen Fällen gleichzustellen sei, für äußerst bedenklich (vgl. I § 101 Note 10 a. E.); aber gerade für den vorliegenden Fall findet derselbe einen Anhalt in den Bestimmungen des römischen Rechts über den mensor. Das römische Recht faßt die Stellung des mensor ebenso auf, wie die des Richters; es wird nach römischer Anschauung mit dem mensor ebensowenig ein Contract geschlossen, wie mit dem Richter (§ 404 Note 4). Deßwegen läßt das römische Recht den mensor zunächst nur wegen dolus haften. L. 1 § 1 D. si mens. 11. 6. „Haec actio dolum malum dumtaxat exigit; visum est enim, satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est . .". Dann aber wird hinzugefügt: „Lata culpa plane dolo comparabitur". Für die hier vertretene Meinung sind (im Resultat) außer Wetzell a. a. O.: Sintenis a. a. O., Arndts § 338, Pfeiffer prakt. Ausführungen II S. 365, so wie das OAG. zu Lübeck bei Kierulff Entscheidungen ꝛc. 1866 S. 650 fg.

es für die amtliche Thätigkeit eines jeden nicht richterlichen Beamten[2]. Aus der Verletzung der obervormundschaftlichen Amtspflicht wird ausnahmsweise schon wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit ein Anspruch gewährt[3]. Sehr bestritten ist die Frage, ob neben dem Beamten auch

(= Seuff. Arch. XXII. 48); für die Beschränkung der Verhaftung auf dolus: Weber (welcher aber diese Beschränkung bereits im römischen Recht begründet findet), Strippelmann (S. 311, s. aber auch S. 316), Schwarze (XI S. 133, s. aber auch S. 141), Schlayer, Unterholzner, Bayer, Freund Arch. für öffentliches Recht I S. 365 fg., Seuff. Arch. XXIV. 241 (ebenfalls bereits nach römischem Recht). Umgekehrt sind für die Erstreckung der Verhaftung auf omnis culpa, welche nach dem Gesagten gar keinen Anhalt hat, die bei Sintenis S. 768 in der Anm. Genannten, v. Völderndorff S. 25 fg., Hafner S. 60 fg.; s. auch Note 3. [Pfitzer a. a. O. behauptet ein Gewohnheitsrecht, durch welches die Syndicatsklage gegen den Richter ganz abgeschafft sei.] — Man streitet ferner darüber, ob die Syndicatsklage subsidiarisch sei, oder nicht, d. h. ob sie voraussetze, daß die zu Gebote stehenden Rechtsmittel gegen das Urtheil angewendet worden seien, und ob sie demnach wegfalle, wenn die unterliegende Partei sich in dieser Beziehung ein Versäumniß habe zu Schulden kommen lassen. Für die Bejahung dieser Frage sind: Weber S. 36 fg., Strippelmann S. 346 fg., Schwarze XII S. 292 fg., Unterholzner § 698. k, v. Völderndorff S. 34, Hafner S. 65 fg.; für die Verneinung: Heffter S. 98, Bayer S. 280, Sintenis S. 772 in der Anm., Zachariä deutsches Staats- und Bundesrecht II § 140 a. E., Seuff. Arch. XIV. 140, XXV. 214. Ich glaube nicht, daß die Bejahung gerechtfertigt ist. Die Frage führt zurück auf die andere Frage: ob ein Schaden deßwegen nicht vorhanden ist, weil Wiederaufhebung der beschädigenden Thatsache verlangt werden kann, — und diese Frage muß verneint werden. Man hat sich für das Gegentheil auf l. 3 § 2. 3 D. si mens. 11. 6 berufen. Aber diese Stelle will nur sagen, daß derjenige, welcher Eigenthum verloren und dafür einen obligatorischen Anspruch erworben hat, effectiv noch nicht ärmer geworden sei, indem sie nämlich voraussetzt, daß der Anspruch sich ohne Mühe oder sonstige Aufopferung werde realisiren lassen. Wäre dem Verfasser der Stelle die Frage vorgelegt worden, ob der Beschädigte, wenn er die mit der Realisirung des Anspruches verbundenen Aufopferungen nicht übernehmen wolle, nicht gegen Abtretung seines Anspruches sofort Schadensersatz begehren könne, so würde der Verfasser sich gewiß nicht bedacht haben, diese Frage zu bejahen. Will man, was die vorliegende Frage betrifft, weit gehen, so wird man vielleicht dem belangten Richter das Recht einräumen können, von der beschädigten Partei zu verlangen, daß dieselbe gegen Vorschuß der nöthigen Kosten ihrerseits den Rechtsweg beschreite. Vgl. l. 60 § 2 D. loc. 19. 2. In keinem Falle aber wird man dem Richter das Recht geben dürfen, sich darauf zu berufen, daß die Partei die Benützung eines ihr zu Gebote stehenden Rechtsmittels versäumt habe. Anders dann, wenn die Partei das Rechtsmittel nicht versäumt, sondern freiwillig von demselben keinen Gebrauch gemacht hat; sie hat dann das Urtheil anerkannt. — Ueber den Fall, wo das Urtheil von einem Richtercollegium gesprochen worden ist, s. v. Langenn und Kori Erörterungen prakt. Rechtsfragen II Nr. 3, Schwarze a. a. O. Bd. XVIII, Sintenis Anm. 39, Hafner S. 69 fg. und vgl. auch § 445 Note 7. 8; Seuff. Arch. V. 298, XI. 252, XIV. 140. Vgl. Bl. f. RAnw. zun. in Bayern XXXIV S. 198 fg.

[2] Nach der Analogie der Syndicatsklage und der Bestimmungen über den mensor.

[3] S. § 445 Note 3. — Die Praxis zeigt eine entschiedene Neigung, einen

der Staat haftet, welcher ihn angestellt hat[3a]. Es ist zu sagen, daß sich der Beweis nicht führen läßt, daß die Verhaftung des Staates für das Verschulden seiner Beamten gemeines Recht Deutschlands sei[4].

---

jeden Beamten, richterlichen oder sonstigen, abgesehen von dem Falle des unrechtmäßigen Urtheils, wegen omnis culpa haften zu lassen. Seuff. Arch. I. 166, II. 54, III. 326. 327, V. 135. 174. 287, VII. 331, X. 51, XIV. 140, XV. 189, XVI. 113, XVII. 120. 123, XX. 38, XXI. 57. 126, XXII. 240, XXV. 110 (Budde und Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI S. 159 fg.). Bl. f. RAnw. zun. in Bayern XXXV S. 259 fg. [Vgl. Seuff. Arch. XLIV. 24. Pfitzer a. a. O. S. 66 fg. will zwischen den verschiedenen Arten der nichtrichterlichen Beamten unterscheiden, und sie theilweise nur für dolus, theilweise für omnis culpa haften lassen.]

[3a] Für die Bejahung dieser Frage sind namentlich eingetreten Pfeiffer prakt. Ausführungen II Nr. 12 und Zachariae deutsches Staats- und Bundesrecht II § 140 Nr. I. B. 3. Ausg. (1867) und Zeitschrift f. die gesammte Staatswissenschaft XIX S. 582 fg. (1863). S. auch Stobbe III S. 400, Roth Bayr. Civilrecht I S. 226 und die früheren Ausgaben dieses Lehrbuchs. Dawider E. Loening die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsrecht (1879), im Besonderen S. 93 fg.

[4] Vgl. I § 59 a. E. Hier handelt es sich bloß um das Verhalten des Beamten in seiner Eigenschaft als Organ der Staatsgewalt. Man ist darüber einverstanden, daß die für das gemeine Recht maßgebenden Gesetze eine Entscheidung nicht enthalten, und eine feste ein Gewohnheitsrecht begründende Praxis hat sich nicht gebildet, wenn auch nicht zu leugnen ist, daß die Praxis überwiegend die Neigung zeigt, den Staat haftbar zu machen. Für unbedingte Haftung: Seuff. Arch. II. 54, III. 326, V. 281 Nr. 2, XIX. 46, XXV. 244, vgl. auch I. 166, VI. 199. Für subsidiarische Haftung: V. 174 (aber nicht wegen richterlicher Thätigkeit), XXXIV. 214. Für Haftung wegen culpa in eligendo: V. 281 Nr. 1 (und nur subsidiarisch), XXV. 237. Für Haftung aus Verschulden des Grundbuchbeamten: XVII. 145, XXIII. 139. Für Haftung aus den „Geschäften der freiwilligen Gerichtsbarkeit, bei denen der Staat die Privaten gesetzlich nöthigt, die Hülfe der Gerichte in Anspruch zu nehmen, wie bei Depositen, Bestätigungen und dgl., allenfalls auch . . . bei dem gerichtlichen Notariatswesen": XXIII. 139. Gegen die Verhaftung des Staates das RG., Entscheid. XI S. 206 (welches es jedoch unerörtert lassen will, ob der Staat nicht wegen culpa in eligendo in Anspruch genommen werden könne), vgl. auch die Entscheidung des RG. bei Seuff. Arch. XXXVII. 30. Am Wenigsten wird von der Praxis die Verpflichtung des Staates aus Depositen bezweifelt Vgl. § 347 Note 2d. — Unter allen Umständen wird der Staat so lange nicht in Anspruch genommen werden können, als noch Mittel, Wiederaufhebung der betreffenden Verfügung zu erlangen, zu Gebote stehen; vorher liegt eine definitive Handlung des Staates nicht vor. Ist ein solches Mittel durch die Schuld des Betheiligten verloren gegangen, so haftet der Staat gar nicht. — Mit der in dieser Note besprochenen Frage hat sich auch der deutsche Juristentag beschäftigt. Für denselben sind zwei Gutachten verfaßt worden, eines von Bluntschli gegen die Haftpflicht des Staates, ein anderes von v. Kießling für die Haftpflicht. Der Juristentag selbst hat sich schließlich im Princip für dieselbe ausgesprochen. S. Verhandlungen des sechsten Juristentages I S. 45 fg. III S. 54 fg. 323 fg., des achten I S. 388 fg., des neunten III S. 26 fg. 340 fg. [R. Piloty die Haftung des Staats für rechtswidrige Handlungen und Unterlassungen seiner Beamten bei Ausübung staat-

Das Gesagte gilt nur für die eigentlichen Beamten, d. h. für diejenigen Personen, welche berufen sind, als Organe der Staatsordnung in deren Namen thätig zu werden. Personen dagegen, welche auf Grund einer staatlichen Concession, Approbation, Anstellung, dem Publicum ihre Dienste darbieten, haften demjenigen, welcher ihre Dienste benützt, nach den Grundsätzen des Vertrages, also wegen aller Nachlässigkeit[5], Dritten [subsidiarisch] wegen Arglist und grober Nachlässigkeit[6].

L. Ungerechter Proceß*.

§ 471.

Wenn sich Jemand etwas geben läßt[1], um einen ungerechten Proceß zu führen oder um von einem solchen abzustehen[2], so greifen zwar im Uebrigen die Grundsätze von der ungerechtfertigten Bereicherung Platz[3], mit der Maßgabe jedoch, daß, wenn zum Zwecke der Führung eines ungerechten Processes gegeben worden ist, an die Stelle des nach den bezeichneten Grundsätzen nicht begründeten[4] Rückforderungsrechts des Gebers ein Rückforderungsrecht des Bedrohten tritt[5].

---

licher Hoheitsrechte, Annalen des deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik XXI S. 245 fg.]

[5] S. § 404 Note 3.

[6] Nach der Analogie des mensor, dessen Recht in dieser Beziehung noch anwendbar ist. S. l. 3 § 1 D. si mensor 11. 6. „Competit autem haec actio ei, cuius interfuit, falsum modum renuntiatum non esse, hoc est vel emtori vel venditori, cui renuntiatio obfuit". S. ferner l. 3 § 4 eod. (der mensor wird vom Richter zugezogen). [Subsidiarität der Haftung, l. 3 § 2. 3 eod.] Seuff. Arch. XXV. 131, [XLII. 299].

* Dig. 3. 6 de calumniatoribus. Vgl. tit. Cod. de calumniatoribus 9. 46. — Unterholzner II § 728.

[1] L. 1 § 4 l. 2 l. 3 pr. D. h. t. § 471.

[2] Als Kläger oder als Beklagter. Ueber den letzteren Fall s. l. 7 § 2 D. h. t. Civil- oder Criminalproceß: l. 1 § 1 l. 8 D. h. t.

[3] Condictio ob turpem causam (§ 423 Note 5, § 428 Note 9. 11). L. 3 § 3 l. 5 § 1 l. 7 pr. § 3 D. h. t.

[4] L. 5 § 1 D. h. t.: — „Condictio competit, si sola turpitudo accipientis versetur; nam si et dantis, melior causa erit possidentis". L. 3 § 3 D. h. t.

[5] Actio calumniae. L. 3 § 3 D. h. t. Nach römischem Recht war die actio calumniae nicht eine Ergänzung der condictio ob turpem causam, sondern sie concurrirte mit derselben. L. 3 § 3 l. 5 § 1 l. 7 pr. § 1 D. h. t. Mit anderen Worten: die actio calumniae war Strafklage (wozu allerdings nicht paßt, daß, wenn beide Klagen demselben Subject zustanden, die Durchführung der einen die andere ausschloß, l. 5 § 1 D. h. t., vgl. Vangerow III § 694), und die Strafe, auf welche sie ging, steigerte sich sogar, wenn binnen eines Jahres geklagt wurde, auf das Vierfache, l. 1 pr. l. 6 D. h. t. Diese Strafe der calumnia ist durch das Reichsstrafgesetzbuch beseitigt. S. § 326 Note 4 und StrGB. § 164. 165. 253. Deßwegen geht auch die actio calumniae nach heu-

Auf die Erben des Bedrohten geht dieses letztere Rückforderungsrecht nicht über[6].

M. Injurie (Beleidigung)*.

§ 472.

Injurie ist jede Handlung, durch welche eine Mißachtung der fremden Persönlichkeit rechtswidrig an den Tag gelegt wird[1]. Es ist nicht erforderlich, daß die Handlung zu dem Zweck vorgenommen worden sei, um eine Mißachtung der fremden Persönlichkeit an den Tag zu legen; wohl aber ist erforderlich das Bewußtsein des Handelnden, daß in seiner Handlung der Ausdruck der Mißachtung enthalten sei. Von welcher Beschaffenheit eine Handlung sein müsse, damit in ihr der Ausdruck der Mißachtung gefunden werden könne, überläßt das römische Recht dem Ermessen des Richters. Die in den Quellen enthaltenen Einzelentscheidungen gehen zum Theil weit in der Annahme einer Injurie[1a]; ja sie finden eine Injurie in jeder bewußten Rechtsverletzung[1b]. Aus der Injurie entstand nach römischem Recht

---

tigem Recht nicht mehr auf Herausgabe des Empfangenen schlechthin, sondern auf Herausgabe nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung. Vgl. l. 4 l. 5 pr. D. h. t. „Haec actio . . . in heredem . . competit in id quod ad eum pervenit. Nam est constitutum, turpia lucra heredibus quoque extorqueri".

[6] Die actio calumniae ist eine s. g. actio vindictam spirans. L. 4 D. h. t. Vgl. l. 7 § 1 eod. („et patri").

* Inst. 4. 4 de iniuriis. Dig. 47. 10 de iniuriis et famosis libellis. Cod. 9. 35 de iniuriis. — A. D. Weber über Injurien und Schmähschriften S. 1793 fg. 3. Aufl. 1820. Walter über Ehre und Injurie nach römischem Recht, N. Arch. f. Criminalr. IV Nr. 5. 12 (1821). Heffter die Begriffsverschiedenheit der römischen und deutschen Injurie, Arch. für Criminalrecht N. F. 1839 S. 237 fg. Jhering Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen, Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 155—338 (1885). Landsberg Iniuria und Beleidigung (1886). [Darüber Brunnenmeister Zeitschr. der Sav.-Stift. VIII S. 265 fg.] Unterholzner II S. 759—781, Sintenis II S. 754—759, Seuffert II § 406—410, Holzschuher I § 47. Keller Institutionen S. 141 fg. S. auch die Lehrbücher des Strafrechts.

§ 472. [1] Die Quellen bezeichnen die „iniuria" als contumelia, ὕβρις, pr. I. h. t., l. 15 § 46 D. h. t., l. 5 § 1 D. ad leg. Aq. 9. 2.

[1a] Vgl. l. 13 § 7 l. 24 D. h. t., l. 25 D. de A. E. V. 19. 1, l. 2 § 9 D. ne quid in loco publ. 43. 8; l. 44 l. 15 § 31 D. h. t.; l. 5 § 2—5 l. 23 D. h. t., l. 21 § 7 D. de furt. 47. 2, l. 15 § 1 D. h. t., Paul. sent. V. 6 § 5; l. 20 D. h. t.; l. 11 § 9 l. 12 l. 13 § 3 l. 15 § 33 l. 19 D. h. t., l. 1 § 8 D. de insp. ventr. 25. 4; l. 15 § 32 D. h. t., l. 5 § 1 D. qui satisd. 2. 8, l. 31 § 5 D. de reb. auct. iud. 42. 5; l. 8 pr. D. de rel. 11. 7; l. 1 § 38 D. dep. 16. 3, l. 15 pr. D. h. t. Aus der Praxis in Betreff des Begriffs der Injurie: Seuff. Arch. I. 64, II. 51, III. 57. 171, VI. 195. 196, VII. 38. 39, VIII. 137. X. 50, XVII. 43, XXXI. 311.

[1b] Nur daß, wenn die Handlung unter die Kategorie eines anderen Ver-

für den Gekränkten ein Strafanspruch auf Leistung einer Geldsumme, deren Höhe er selbst ansetzen, der Richter aber ermäßigen konnte[2]. Der Anspruch verjährte in einem Jahre tauglicher Zeit[3], mit Ausnahme der thätlichen Injurie und des gewaltsamen Eindringens in die Wohnung[4], in welchen Fällen der Anspruch der gewöhnlichen Verjährungszeit unterlag[5]. Der Anspruch ging weder auf die Erben des Verpflichteten, noch auf die des Berechtigten über[6]. Der Anstifter haftete wie der Beleidiger selbst[7]. Dieser Strafanspruch ist gegenwärtig durch das Reichsstrafgesetzbuch beseitigt[7a]. Ebenso ist

---

gehens fällt, die Strafe dieses Vergehens und nicht die der Injurie eintritt. S. die sechs ersten der in Note 1a citirten Stellen. In der That liegt in jeder bewußten Verletzung der Rechte eines Andern eine Ueberhebung, eine ὕβρις. — Jhering a. a. O. bestreitet das Gesagte, indem er behauptet, iniuria sei nach der Auffassung des römischen Rechts nur die offene, frivole, schnöde, freche Rechtsverletzung. Näher wird das dahin präcisirt: es muß entweder ein Recht des Handelnden gar nicht möglich gewesen sein, oder er muß doch ein Recht nicht behauptet haben. Aber ist derjenige, welcher lügnerischerweise ein Recht in Anspruch nimmt, von dem er weiß, daß es ihm nicht zusteht, anders zu beurtheilen, als derjenige, welcher sich auf ein Recht gar nicht beruft? S. auch l. 12 l. 15 § 33 l. 19 D. h. t. — Ganz anders bestimmt Landsberg a. a. O. den Begriff der römischen iniuria. Abgesehen von der Körperverletzung sei iniuria (die iniuria als contumelia) die Verletzung eines Interesses, welches lediglich Affectionsinteresse sei, oder neben welchem doch nur zufällig in ganz untergeordneter Weise ein Vermögensinteresse einhergehe (s. namentlich S. 52 fg.). Aber es leuchtet nicht ein, warum die Verletzung eines Interesse contumelia sein sollte. Und welches Interesse ist z. B. im Fall der l. 25 D. de A. E. V. 19. 1 außer dem Vermögensinteresse (actio ad exhibendum!) vorhanden, als das Interesse — nicht injuriirt zu werden?

[2] Dieser Anspruch beruhte auf dem prätorischen Edict (l. 7 pr. l. 15 § 2. 25. 26. 34 l. 17 § 5. 10 D. h. t., l. 15 § 28 l. 21 eod., § 7 I. h. t., Gai. III. 223. 224, Coll. II. 6), für gewisse Fälle der Injurie (Note 4. 5) auch auf der lex Cornelia de iniuriis (l. 5 l. 37 § 1 D. h. t., § 8 I. h. t., Paul. sentent. V. 4 § 8).

[3] L. 5 C. h. t., l. 17 § 6 D. h. t., pr. I. de perp. et temp. act. 4. 12.

[4] Pulsare, verberare, domum vi introire. L. 5 § 1 D. h. t. „Inter pulsationem et verberationem hoc interest, ut Ofilius scribit: verberare est cum dolore caedere, pulsare sine dolore". Ueber domum vi introire s. l. 5 § 2—5 D. h. t.

[5] Es sind dieß die Fälle der lex Cornelia, deren actio der Regel gemäß (pr. I. de perp. et temp. act. 4. 12) perpetua war.

[6] L. 13 pr. l. 15 § 14 l. 28 D. h. t., § 1 I. de perp. et temp. act. 4. 12. S. auch § 359 Note 7 und 14.

[7] L. 11 pr. § 3—6 l. 15 § 2. 8 l. 17 § 2 D. h. t., § 11 I. h. t.

[7a] So weit nicht andere, in der iniuria mit befaßte Delicte in Betracht kommen (Landsberg S. 97 fg.) durch § 185 fg. [Einf.-Gesetz z. StGB. § 2 Abs. 1, s. auch Einf.-Gesetz z. StPO. § 11.] Uebereinstimmend Mandry S. 252 (3. Aufl. S. 225); a. M. das OT. zu Stuttgart, Seuff. Arch. XXXI. 142. — A. M. auch Jhering a. a. O. aber nicht für die eigentliche Ehrverletzung, sondern für die injuriöse Verletzung fremder Rechte (Note 1b). Freilich nimmt

durch dieses Gesetzbuch beseitigt worden der Anspruch auf Ehrenerklärung, Widerruf und Abbitte, welche das frühere gemeine Recht dem Beleidigten neben dem Geldanspruch gewährte[8].

IV. Andere gesetzliche Forderungsrechte.

A. Forderungsrechte aus den gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen.

§ 473.

Die hierher gehörigen Fälle sind bereits oben I § 169 genannt worden[1]. Näher ist hier von dem Satz zu handeln, daß der natür-

---

Ihering für die actio iniuriarum auch die Function in Anspruch, daß der iudex außer auf Genugthuung für die persönliche Kränkung auf Herstellung des dem klägerischen Recht entsprechenden Zustandes und auf Sicherung gegen die Wiederholung der Eingriffe habe verurtheilen können. Ich bezweifele, daß der dafür angetretene Beweis (S. 265 fg.) gelungen ist. [Ihering's Meinung ist angenommen von Dernburg II § 137 a. E.; gegen dieselbe Wendt S. 657.] — Nicht so weit geht Landsberg a. a. O. Er will den römischen (gemeinrechtlichen) Rechtssatz festhalten nur für den Fall der Verhinderung „an der freien Benutzung solcher Gegenstände, welche unserem Privatrecht oder dem gemeinen Gebrauch unterworfen sind", indem er zugleich den daraus entstehenden Anspruch auf den Weg der strafrechtlichen Privatklage (Str.PO. § 414, Einf.-Gesetz zur StrPO. § 11 Abs. 1) verweist. Ich kann auch dem nicht zustimmen. Die bezeichnete Verhinderung erzeugt die actio iniuriarum nur insoweit sie contumelia ist, und das Reichsstrafgesetzbuch hat nach meiner Auffassung die „Materie" die „contumelia" geordnet. A. M. in dieser Beziehung Binding Strafrecht I S. 305. [Gegen Landsberg Brunnenmeister a. a. O.] — Dagegen hat das Reichsstrafgesetzbuch neu eingeführt (§ 188) für die Verleumdung eine durch den Strafrichter neben der Strafe der Verleumdung auf Verlangen des Verleumdeten zu erkennende „Buße". Vgl. § 326 Note 11.

[8] Dieser Anspruch war durch die Praxis unter dem Einfluß altdeutscher und kirchlicher Ideen (vgl. c. 5 Dist. 46) eingeführt, und in der Reichsgesetzgebung (P. G. O. Art. 216, R. G. O. II. 28 § 4, s. auch den R. A. Anfang v. 1670 a. E.) anerkannt worden. Ueber das Geschichtliche s. namentlich v. Wallenrodt Zeitschr. f. RGesch. III S. 238—300. Der Anspruch auf Abbitte ist seiner Natur nach Strafanspruch (Selbstdemüthigung des Beleidigers); aber auch der Anspruch auf Ehrenerklärung und Widerruf ist es im Laufe der Entwickelung geworden. v. Wallenrodt S. 292. Vor dem Reichsstrafgesetzbuch stritt man darüber, ob dieser Anspruch zu der actio aestimatoria in dem Verhältniß der cumulativen oder dem der electiven Concurrenz stehe (Wächter Strafrecht II S. 103, Heffter Strafrecht § 308, v. Wallenrodt S. 294; Unterholzner S. 779, Sintenis S. 758, Plenarbeschluß des OAG. zu München vom 27. Mai 1845 bei Seuff. Arch. I. 62). Auch über sein Verhältniß zur öffentlichen Strafe war man nicht einig (s. einerseits die bei v. Wallenrodt S. 293—296 Citirten, Heffter a. a. O., andererseits v. Wallenrodt und Wächter a. a. OO.). In Betreff des heutigen Rechts vgl. noch Meyer Strafrecht § 101 a. E., Binding Strafrecht I S. 304—306, Mandry S. 254 (226).

473. [1] S. das. Note 1. 9. 10. 18.

liche Ablauf des Regenwassers nicht zum Nachtheil des benachbarten Grundstücks abgeändert werden soll[2].[3]

1. Es soll der Ablauf des Regenwassers nicht abgeändert werden[4]. Regenwasser hört aber dadurch nicht auf, Regenwasser zu sein, daß es sich mit anderem Wasser mischt[5].

2. Es soll der natürliche Ablauf des Regenwassers nicht abgeändert werden[6]. Für den durch künstliche Anlagen regulirten Ablauf des Regenwassers gilt das Gleiche nur dann, wenn die Anlagen auf obrigkeitlicher Anordnung beruhen oder seit unvordenklicher Zeit bestehen[7].

---

[2] Dig. 39. 3 de aqua et aquae pluviae arcendae (in welchem Titel aber l. 8 — l. 12 pr. l. 17. 21. 26 von der vorliegenden Materie nicht handeln). — Das Hauptwerk ist: Burckhard die actio aquae pluviae arcendae, Fortsetzung von Glück, Serie der Bücher 39 und 40, dritter Theil (1881). Frühere Literatur: Gesterding Arch. für civ. Pr. III S. 74 fg. Ders. Ausbeute V. 1 S. 1 fg. (1833). K. A. Schneider Zeitschr. f. Civ. u. Pr. V S. 325 fg. (1832). Elvers Themis N. F. I S. 497—508 (1833). Schmidt (von Ilmenau) civil. Abhandlungen S. 90—168 (1841). Habicht rechtliche Erörterungen I S. 518—542 (1843). Schäffer Arch. für prakt. RW. II S. 16—45 (1854). Hesse über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I S. 184—271 (1859). 2. Aufl. S. 155 fg. (1880). Bekker Jahrb. des gem. R. V S. 176—185 (1862). S. auch Hesse Jahrb. f. Dogm. VII S. 215 fg. 234 fg. (1865). Lang Handbuch des im KR. Württemberg geltenden Sachenrechts § 26. 66 (1876). — Unterholzner II S. 194—201, Sintenis II S. 477, Dernburg I § 232.

[3] Ueber die Quelle des Satzes vgl. l. 21 pr. D. de statulib. 40. 7, die Inscription der l. 13 D. h. t. und Schneider S. 325, Schmidt S. 92, Hesse S. 193 (160), Burckhard S. 49 fg.

[4] L. 1 pr. § 2. 15. 16 l. 3 § 1 D. h. t. Ueber l. 3 pr. D. h. t. s. Schneider S. 334, Schmidt S. 99—102, Hesse S. 200—202 (168—170), Burckhard S. 152 fg.; über l. 1 § 23 und l. 2 § 9 D. h. t. s. Schneider S. 328—333, Schmidt S. 102—105, Burckhard S. 147 fg. Seuff. Arch. XXVII. 94, XXXVI. 183.

[5] L. 1 pr. cit.: — „sive per se haec aqua coelestis noceat, sive cum alia mixta sit". L. 1 § 15 cit.: — „aqua pluvia vel quae pluvia crescit". L. 1 § 2 cit. „Neratius scribit, opus, quod quis fecit, ut aquam excluderet, quae exundante palude in agrum eius refluere solet, si ea palus aqua pluvia ampliatur, eaque aqua repulsa ex opere agris vicini noceat, aquae pluviae actione cogetur tollere". Muß die Verbindung des Regenwassers mit dem anderen Wasser schon stattgefunden haben? Burckhard S. 135 fg.

[6] L. 1 § 1 D. h. t.: — „cum quis manu fecerit, quo aliter flueret, quam natura soleret". L. 1 § 22 D. h. t. Burckhard S. 173 fg.

[7] L. 1 § 22 i. f. 23 D. h. t. In die erste Stelle muß die Voraussetzung der zweiten hineingetragen werden („denique ait"). Die zweite spricht übrigens nicht von einer Abänderung der Anlage, sondern von dem Verfall derselben, daher: „non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in eius agro muniemus", während es in der ersten einfach heißt: „aquae pluviae arcendae actione agi posse". Burckhard S. 174 fg. — Ueber die Bedeutung der in l. 23 cit. und l. 2 D. h. t. erwähnten „lex" s. l. 23 D. h. t. und Schmidt

3. Es soll der Ablauf des Regenwassers nicht abgeändert werden, d. h. es soll keine Aenderung durch Menschenhand bewirkt werden[8]. Jedoch kann gegenüber einer von selbst eintretenden Abänderung wenigstens Gestattung der Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangt werden, vorausgesetzt daß der Eigenthümer keinen Schaden davon hat[9].

4. Es soll der Ablauf des Regenwassers nicht zum Schaden des benachbarten Grundstücks abgeändert werden[10]; Entziehung eines Vortheils ist erlaubt[11].

5. Das benachbarte Grundstück muß ein Feldgrundstück sein[12].

6. Der aus der unerlaubten Abänderung entstehende Anspruch geht auf Wiederherstellung des früheren Zustandes[13], auf Schadensersatz nur in Betreff des nach dem Streitbeginn entstandenen Schadens[14]. — Der Anspruch steht nicht zu gegen den Abändernden als

---

S. 115 fg., Savigny System IV S. 488, Burckhard S. 354 fg. — Seuff. Arch. I. 68, XVII. 48, XXVII. 134, XXXV. 26, [XLII. 14].

[8] „Opere manu facto". L. 1 § 1. 10. 14. 15 D. h. t.; l. 3 § 2 l. 24 § 1. 2 D. h. t. Burckhard S. 187 fg. Seuff. Arch. V. 141.

[9] Doch gab es über diesen Punkt zwischen den römischen Juristen verschiedene Meinungen, und die mildere im Text bezeichnete ist erst allmählich zur Herrschaft gelangt. S. l. 2 § 5 h. t. („haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamur"), l. 2 § 7 eod. („sed nos etiam in hunc casum aequitatem admisimus"). Das Verhältniß der l. 2 § 5 cit. zu l. 2 § 1 eod. bleibt dunkel; ebenso das Verhältniß der l. 2 § 4 und 7 D. h. t. zu dem sonst Anerkannten (l. 11 § 6 l. 1 § 22 l. 2 § 1. 5 i. f. D. h. t.). Beruht der bisherige Ablauf des Regenwassers auf einer künstlichen Vorrichtung, so ist hier (vgl. Note 7) gesetzliche Anordnung oder Unvordenklichkeit nicht erforderlich, l. 2 § 5. 6 citt. Natürlich kann aber Gestattung der Wiederherstellung nur dann verlangt werden, wenn Wiederherstellung überhaupt möglich ist; deßwegen l. 14 § 1 D. h. t. — Vgl. über die verschiedenen Ansichten: Schneider S. 341—348, Schmidt S. 137—142. 163—165, Hesse S. 215—218. 248—256 (176 fg. 218 fg.), Burckhard S. 571 fg.

[10] L. 1 § 1. 11. 13. 21 D. h. t. Burckhard S. 217 fg. Der Schaden braucht noch nicht eingetreten zu sein. L. 1 § 1 l. 24 § 2. 6. 8. Burckhard S. 253 fg. Ueber l. 2 § 9 D. h. t. s. Schneider S. 352—356, Schmidt S. 142—145, Hesse S. 22—226 (190 fg.), Burckhard S. 227 fg.

[11] L. 1 § 11. 21 D. h. t. Seuff. Arch. I. 5, XXI. 11.

[12] L. 1 § 17—20 D. h. t. Vgl. Schneider S. 357—358, Schmidt S. 106—108, Hesse S. 233—241 (204 fg.), Burckhard S. 258 fg. Seuff. Arch. VII. 47, X. 259, XX. 228, XXXVI. 183, XXXVII. 214.

[13] Restitutio: l. 6 § 6 l. 22 § 1 D. h. t. Tollere opus: l. 6 § 7 l. 7 D. h. t. L. 24 § 2 l. 22 § 1 D. h. t. Burckhard S. 445 fg. Seuff. Arch. XXXIV. 122. — Ueber die Fassung der formula s. Burckhard S. 554 fg., Lenel Ed. perpetuum S. 301 fg.

[14] L. 6 § 6. 8 l. 14 § 3 D. h. t., vgl. l. 6 § 4 l. 11 § 3 l. 14 § 2 eod. In Beziehung auf den früher entstandenen Schaden verweist l. 14 § 3 cit. auf das interdictum quod vi aut clam. D. h. also: für den früher entstandenen

solchen, sondern gegen den Abändernden in seiner Eigenschaft als Eigenthümer des Grundstücks, an welchem die Aenderung vorgenommen worden ist[15], so daß der Abändernde nicht mehr haftet, wenn er das Eigenthumsrecht am Grundstück verloren hat[16]. Dem Eigenthümer stehen gleich der Nießbraucher, der Emphyteuta und der Superficiar[17]. Gegen den Eigenthümer, welcher die Abänderung nicht selbst vorgenommen hat, geht der Anspruch nur auf Gestattung der Wiederherstellung[18]. — Ebenso steht der Anspruch zu dem Eigenthümer als solchem, nicht demjenigen, welcher zur Zeit der Abänderung Eigenthümer war[19]; neben dem Eigenthümer auch dem sonst an dem Grundstück dinglich Berechtigten[20].

Schaden kann Ersatz begehrt werden nur wo die Voraussetzungen des bezeichneten Interdicts gegeben sind. Es versteht sich aber von selbst, daß im heutigen Proceß der Richter, wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, dem Antrag auf Ersatz auch des früheren Schadens ohne Weiteres Folge geben muß, und daß der Kläger nicht etwa ausdrücklich zu erklären braucht, er stelle neben der actio aquae pluviae arcendae auch das interdictum q. v. a. cl. an. Vgl. Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock VII. 52.

[15] L. 4 § 2 l. 18 pr. D. h. t. Daher entsteht die actio aquae pluviae arcendae nicht aus einer Anlage, welche auf einem locus publicus gemacht worden ist, l. 3 § 3 l. 18 pr. D. h. t. Vgl. übrigens Seuff. Arch. X. 169, XVI. 116. — Mehrheit der Eigenthümer: l. 6 § 1. 2 l. 11 § 1—3 D. h. t. Ubbelohde die Lehre von den untheilbaren Obligationen S. 196 fg., Burckhard S. 492 fg. Vgl. § 299 Note 7.

[16] L. 12. 13. 14 D. h. t. (s. über diese Stelle Hasse Zeitschr. f. gesch. RW. III S. 53 fg., Burckhard S. 424), l. 16 i. f. eod. Jedoch befreit Veräußerung nach dem Proceßbeginn (CPO. § 239) nicht, l. 4 § 1 D. h. t.; über l. 16 i. f. D. h. t. vgl. Schmidt S. 150 Note 80, Hesse S. 258 (224), Francke Commentar zum Pandektentitel de her. pet. S. 57 fg., Burckhard S. 428 fg. Ferner soll der Erbauer eines sepulcrum fortfahren zu haften, wenn er das Grundstück durch Einbringung eines Leichnams zum fundus religiosus mache, l. 4 pr. D. h. t. Veräußerung des Nießbrauchs befreit den Eigenthümer nicht, l. 22 pr. D. h. t.

[17] Bezeugt ist die Gleichstellung (actio utilis) nur für den Nießbraucher, l. 22 § 2 D. h. t.; aber daß der Emphyteuta und der Superficiar bei ihrem weitergehenden Recht nicht anders behandelt werden können, versteht sich von selbst. Vgl. auch l. 23 § 1 D. h. t. (Note 20). Mit der l. 22 § 2 cit. wird man die l. 3 § 4 D. h. t. im Sinne der Justinianischen Compilation in der Weise in Einklang bringen müssen, daß die letztere nur die Klage gegen den nicht selbst abändernden Nießbraucher leugnet. Burckhard S. 413.

[18] L. 4 § 2. 3 l. 5 l. 6 § 7 l. 7 l. 11 § 2 l. 12 D. h. t. Schmidt S. 150—154, Burckhard S. 462—478.

[19] L. 6 § 4 D. h. t. Jedoch nimmt Veräußerung nach dem Proceßbeginn den Anspruch nicht, l. 16 D. h. t. Veräußerung des Nießbrauchs schadet dem Eigenthümer nicht, l. 22 D. h. t. Mehrheit der Eigenthümer: l. 6 § 1. 2 l. 11 § 1. 4 D. h. t. Ubbelohde die Lehre von den untheilbaren Obligationen S. 196 fg.

[20] Für den Emphyteuta: l. 23 § 1 D. h. t., l. 5 § 3 D. arb. furt. caes. 47. 7. Der Superficiar fällt hier weg, weil das beeinträchtigte Grundstück ein

7. Der Anspruch fällt weg gegenüber den Veranstaltungen, welche im Interesse der Fruchterzeugung nöthig sind[21]. Ferner kann sich der in Anspruch Genommene vertheidigen mit Berufung auf Gestattung des Gegners[22], obrigkeitliche Verfügung[23], Servitut[24], Unvordenklichkeit[25].

B. Verpflichtung zum Vorweisen*.

§ 474.

Wer eine Sache inhat, ist verpflichtet, dieselbe einem Jeden vorzuweisen, welcher in Ansehung derselben einen Anspruch geltend machen will[1].

1. Vorweisen heißt: die Sache zu Jemandem in ein solches körperliches Verhältniß bringen, daß derselbe sich über ihre Identität und ihre Beschaffenheit unterrichten kann[1a]. Vorweisen ist nicht her-

---

Feldgrundstück sein muß. In Betreff des Nießbrauchers widersprechen sich l. 3 § 4 und l. 22 pr. D. h. t. Dieser Widerspruch muß im Sinne der Compilation als zu Gunsten des Nießbrauchers gelöst deßwegen angesehen werden, weil dieselbe eine Stelle aufgenommen hat, in welcher sogar dem Inhaber einer Grunddienstbarkeit die actio aquae pluviae arcendae zugestanden wird, l. 25 D. h. t. Vgl. Schmidt S. 148. 149, Hesse S. 241. 242 (210 fg.), Burckhard S. 391 fg., auch Ihering Abhandlungen S. 138. 140, Dernburg Pfandrecht II S. 391.

21 „Agri colendi causa". L. 1 § 3—9. 15 l. 3 § 2 l. 24 pr. D. h. t. Schneider S. 359—361, Schmidt S. 131—133, Hesse S. 226—229 (195 fg.), Lang S. 151, Burckhard S. 377 fg. Seuff. Arch. VII. 46, XVII. 48, XXXV. 126, XXXVIII. 29.

22 L. 19. 20 D. h. t. Burckhard S. 307 fg.

23 L. 2 § 3 l. 23 pr. D. h. t. Burckhard S. 352 fg. Seuff. Arch. XIII. 252.

24 L. 2 § 10 D. h. t.

25 L. 2 § 3 D. h. t. Burckhard S. 362 fg.

* Dig. 10. 4 Cod. 3. 42 ad exhibendum. — Einert de actione ad exhibendum (1816). Bühler die actio ad exhibendum (1859). Demelius die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das klassische und heutige Recht (1872). Glück XI S. 167 fg.; Unterholzner II S. 141—153, Sintenis II S. 776—780, Vangerow III § 707. 708, Brinz 2. Aufl. II § 324, Holzschuher III § 321. 322.

§ 474. 1 Ueber die praktische Bedeutung dieses Satzes für das römische und heutige Rechtsleben vgl. Demelius S. 64 fg. 275 fg., auch Bekker die Aktionen I S. 225 fg., Dernburg Preuß. Privatr. I § 135 Ziff. 2 („heutzutage wenig in Gebrauch"). — Ueber die Conception der Formel im classischen röm. Proceß: Demelius S. 7 fg., Lenel Ed. perpetuum S. 172 fg.

1a L. 2 (Note 5) l. 9 § 5 D. h. t., l. 3 § 8 D. de tab. exh. 43. 5, l. 3 § 8 D. de hom. lib. exh. 43. 29, l. 22 l. 246 pr. D. de V. S. 50. 16. Demelius S. 50 fg. — Der Ort der Verweisung bestimmt sich nach der Regel (§ 282 Note 9), l. 11 § 1 D. h. t., l. 12 § 1 D. dep. 16. 3. Demelius S. 56 fg. 198 fg. behauptet, die Exhibitionspflicht gehe auf Vorweisung vor Gericht, mit Berufung auf l. 3 § 8 D. h. t. „in publicum producere". Gegen

ausgeben[2]; wenn aber der Anspruch, welchen der die Vorweisung Begehrende auf die Sache selbst erhebt, von dem Inhaber nicht bestritten wird, so ist das Resultat der Vorweisung allerdings das gleiche, als wenn die Sache herausgegeben worden wäre[3]. Ist die Sache als Bestandtheil mit einer andern verbunden, so setzt Vorweisung Trennung voraus[4].

2. Berechtigt, Vorweisung zu verlangen, ist Jeder, welcher einen Anspruch in Ansehung der Sache geltend machen will[5], d. h. einen Anspruch entweder auf die Sache oder gegen die Sache[6]. Der An-

---

diese Auslegung spricht l. 3 § 8 D. de hom. lib. exh. 43. 29 und ein arg. a contrario aus l. 3 § 9 D. de tab. exh. 43. 5.

[2] L. 22 l. 246 D. de V. S. 50. 16. — Im weiteren, nicht technischen Sinne bezeichnet exhibere leisten, gewähren überhaupt (s. z. B. l. 2 § 1 D. de peric. 18. 6, l. 57 D. de leg. I° 30, l. 1 § 4 D. de mun. 50. 4), oder geradezu herausgeben (l. 47 D. de A. E. V. 19. 1).

[3] Daraus erklären sich l. 3 § 11 l. 5 § 2—6 l. 9 § 1 l. 15 D. h. t., l. 17 § 6 l. 25 D. de A. E. V. 19. 1, l. 16 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 7 § 1 D. de cond. furt. 13. 1, l. 22 § 1 D. rer. am. 25. 2, l. 1 § 6. 32 D. de vi 43. 16. Demelius S. 59 fg. 71 fg. Seuff. Arch. VIII. 49.

[4] L. 6 pr. l. 7 § 1. 2 D. h. t., l. 23 § 5 D. de R. V. 6. 1. Vgl. I § 189 Note 4.

[5] L. 2 D. h. t. „Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia". L. 9 § 5 D. h. t.: — „ut quis copiam rei habens possit exsequi actione(m), quam destinavit" (über die Lesart des Folgenden s. Vangerow S. 664 [7. Aufl. S. 636] und die das. Citirten, Mommsen in seiner Ausgabe ad h. l., Demelius S. 28 Note 2). L. 3 § 11 i. f. D. h. t. In anderen Stellen wird die actio ad exhibendum Jedem zugeschrieben, cuius interest (l. 3 § 9. 12 l. 7 § 7 l. 13 l. 19 D. h. t.); aber daß dieß ein zu allgemeiner Ausdruck sei, erkennen die Quellen selbst an (l. 3 § 11 l. 19 D. h. t.). L. 3 § 14 D. h. t. bezieht sich nur auf die Vorweisung von Urkunden, s. unten bei Ziff. 6. Doch erklärt auf Grund dieser Stelle ein jedes rechtliche Interesse zur Begründung der actio ad exhibendum für hinreichend das Urtheil bei Seuff. Arch. XVI. 48. Anders das. XXV. 27. Vgl. Degenkolb Einlassungszwang S. 49 fg. — Muß der Anspruch, um dessentwillen Vorweisung begehrt wird, ein Vermögensanspruch sein? Dawider spricht l. 12 pr. D. h. t. (vindicatio in libertatem); dafür beruft man sich (Glück XI S. 177, Unterholzner S. 143, Vangerow S. 664 [7. Aufl. S. 636]) auf l. 13 D. h. t., indem man an die Stelle der Lesart der florentinischen Handschrift „peculiariter" (genau: „peculiater") die den Basiliken entsprechende „pecuniariter" setzt (so auch Mommsen in seiner Ausgabe). Aber die florentinische Lesart hat guten Sinn: der Anspruch muß ein Privatanspruch sein, nicht ein Anspruch, durch welchen Erfüllung einer allgemeinen Bürgerpflicht verlangt wird, wie das in dem von der l. 13 cit. ausgeschlossenen Fall (Freiheitsberaubung) allerdings der Fall ist (vgl. l. 3 § 9 D. de hom. lib. exh. 43. 29). Für pecuniariter auch Demelius S. 89 fg. Vgl. Seuff. Arch. VIII. 223.

[6] Gegen die Sache: damit soll der Fall der actio noxalis wegen (des Delicts eines Sclaven oder) der Beschädigung durch ein Thier bezeichnet sein. L. 3 § 7 l. 12 § 2 D. h. t., vgl. l. 2 C. h. t.

spruch kann ein dinglicher[7] oder ein obligatorischer[8] sein. Er kann auch ein alternativer sein und die Vorweisung zum Zweck der Wahl begehrt werden[9]. Wird der Anspruch vom Inhaber bestritten, so tritt summarische Cognition ein[10]. Es versteht sich von selbst, daß bei Erhebung des Anspruchs das Vorzuweisende in hinreichend genauer Weise bezeichnet werden muß[11].

3. Verpflichtet zur Vorweisung ist Jeder, welcher als Inhaber der Sache zur Vorweisung im Stande ist[12]. Juristischer Besitz ist zur Begründung der Verpflichtung weder nothwendig[13] noch hinreichend[14]. Wie der Inhaber haftet auch derjenige, welcher sich arglistigerweise des Inhabens entäußert hat[15], sowie derjenige, welcher sich arglistigerweise als Inhaber auf den Proceß einläßt[16].

---

[7] Der Hauptfall ist der des Eigenthumsanspruches. L. 1 D. h. t. „Haec actio .... maxime propter vindicationes inducta est". L. 3 § 12 l. 12 § 2 D. h. t., l. 1. 6. 8 C. h. t. Sonstige dingliche Ansprüche: l. 3 § 3. 4 D. h. t., l. 7 § 4 D. de dolo 4. 3, l. 3 D. de pign. act. 13. 7, l. 27 D. de pign. 20. 1. (Vindicatio in libertatem: l. 12 pr. D. h. t.)

[8] L. 3 § 5. 11. 12 D. h. t. S. ferner die Stellen der Note 6. [L. 12 § 2 h. t. („furti actione"). Vgl. l. 16 D. de off. praes. 1. 18.] Demelius S. 147 fg. will nicht über die actio noxalis und das (alte) interdictum utrubi hinausgehen. Ebenso Brinz Note 7. 11. 13. 19. [Dagegen Wendt S. 669 fg.]

[9] L. 3 § 6. 10 l. 12 § 2 D. h. t., l. 8 § 3 D. de opt. leg. 33. 5. Demelius S. 96 fg.

[10] L. 3 § 9. 13 D. h. t. Ueber den Begriff des „summatim cognoscere" vgl. die gemeine Meinung bei Wetzell Civilproc. § 29 Note 2. 21 fg. und die abweichende Ansicht von Briegleb Einleitung in die Theorie der summarischen Processe S. 240—245. 358—359, mit welcher im Wesentlichen übereinstimmt Demelius S. 158 fg. Seuff. Arch. IV. 10. — Führung des Beweises durch Calumnieneid? L. 15 D. h. t. Wetzell a. a. O. Note 24 fg. Dawider Demelius S. 165 fg.

[11] L. 3 pr. D. h. t. (eine andere Erklärung dieser Stelle bei Demelius S. 32 fg.). Seuff. Arch. IX. 38.

[12] L. 5 pr. i. f. § 6 D. l. 7 C. h. t. Vgl. im Allgemeinen Demelius S. 196 fg.

[13] L. 3 § 15 — l. 5 § 1 l. 12 § 1 l. 15 D. h. t.

[14] L. 5 § 6 D. h. t.

[15] Er haftet auf das Interesse, d. h. auf Alles, was der Kläger gehabt haben würde, wenn ihm die Sache vorgewiesen worden wäre, und er in Folge davon den Hauptanspruch hätte erheben können. Daher vertritt in diesem Fall die actio ad exhibendum den Hauptanspruch (das „iudicium directum", vgl. l. 3 § 13 l. 17 D. h. t.). Der dabei an und für sich erforderliche Beweis des Hauptanspruches ging auf in dem dem Kläger nach allgemeinen Grundsätzen (I § 133 Note 14—17) gestatteten Würderungseid. L. 5 § 2 l. 8 l. 9 pr. — § 4 l. 14. 15 D. l. 5 C. h. t., l. 11 i. f. D. de R. C. 12. 1, l. 23 § 6 D. de R. V. 6. 1, l. 1 § 2 D. de tigno iuncto 47. 3, § 2 I. quib. al. 2. 8 u. a. m. Demelius S. 185 fg. 218 fg. Seuff. Arch. XXI. 335. Gegenwärtiges Recht: CPrO. § 260.

[16] Dieß ist nicht ausdrücklich bezeugt, aber bei der sonstigen Gleichstellung

4. Verliert der auf Vorweisung Belangte die Inhabung nach Beginn des Processes, so gelten die gewöhnlichen Grundsätze[17]. Ebenso gelten die gewöhnlichen Grundsätze in Betreff des sonstigen Einflusses des Processes auf den Vorweisungsanspruch[18].

5. Der Anspruch auf Vorweisung findet der Natur der Sache nach seine Hauptanwendung bei beweglichen Sachen[19], ist aber bei unbeweglichen nicht unbedingt ausgeschlossen[20].

6. Besonderes ist bestimmt über die Verpflichtung zur Vorweisung von Urkunden: Vorweisung einer in den Händen eines Andern befindlichen Urkunde kann Jemand schon auf Grund davon verlangen, daß die Urkunde eine von ihm oder für ihn gemachte Bekundung über eine Thatsache enthält, welche auf die Gestaltung seiner Vermögensverhältnisse eingewirkt hat[21]. — Ueber die Verpflichtung zur Vorweisung einer Testamentsurkunde ist im Erbrecht, über die Verpflichtung zur Vorweisung einer in den Händen des Proceßgegners befindlichen, auf den geführten Proceß bezüglichen Urkunde im Proceßrecht zu handeln[22].

---

zwischen demjenigen, qui liti se obtulit, und demjenigen, qui dolo desiit possidere (I § 196 Note 8), wohl unzweifelhaft. Arndts § 346 Note 3. A. M. Demelius S. 191 fg.

[17] L. 7 § 5. 6 l. 12 § 4 D. h. t., und vgl. dazu I § 124 Note 9. Demelius S. 211 fg. will auch den gutgläubigen Besitzer, abgesehen von besonderen Umständen, für Zufall haften lassen, „da ja die Vorweisung ohne jeden Nachtheil und unter Erhaltung des vollsten Vertheidigungsrechts geschehen kann". Aber deßwegen ist sie nicht weniger eine Beschränkung der Freiheit, welche sich Niemand ohne Grund gefallen zu lassen braucht.

[18] L. 9 § 5. 6. 7. 8 l. 10 l. 11 pr. l. 17 D. l. 7 C. h. t., § 3 I. de off. iud. 4. 17, und vgl. dazu I § 124. Demelius S. 205 fg. 214 fg. — Gehorcht der Verurtheilte dem Urtheil nicht, so hat der Kläger die Wahl zwischen Naturalexecution und Forderung des Interesse. L. 3 § 2 D. l. 4 C. h. t.; vgl. I § 193 Note 1—3.

[19] Daher l. 56 D. de proc. 3. 3, l. 38 D. de iud. 5. 1, l. 1 § 6 D. de vi 43. 16, l. 4 C. de crim. exp. her. 9. 32.

[20] S. das Erkenntniß des OAG. zu Cassel bei Seuff. Arch. XVI. 48 (im Princip gebilligt das. XXV. 27); auch l. 8 D. h. t. A. M. Demelius S. 62 fg., Brinz Note 9, und es ist zuzugeben, daß die Sache zweifelhaft ist.

[21] L. 3 § 14 D. h. t., l. 9 C. eod. Demelius S. 127 verlangt, wenn der Kläger eine Urkunde nicht selbst geschrieben habe, Auftrag desselben. L. 9 cit. bezieht Demelius nicht auf die actio ad exhibendum. Seuff. Arch. I. 130, IV. 169, XX. 39, XL. 208. — Speciell war im prätorischen Edict vorgesehen die Editionspflicht der argentarii und nummularii, l. 4—13 D. de edendo 2. 13. Vgl. darüber Wetzell Civilproc. § 24 Note 11 fg., Demelius S. 250—253. — Die viel weiter gehende l. 22 C. de fide instrum. 4. 21 ist nicht glossirt. Vgl. über die Lehre überhaupt: Vangerow § 708 Nr. I, Bayer Vorträge S. 955 fg., Wetzell Civilproc. § 24 Note 102. 103, Demelius S. 269—274. Seuff. Arch. I. 134.

C. Alimentationsverbindlichkeit*.

§ 475.

Eine Alimentationsverbindlichkeit kann begründet werden durch Vertrag[1], Vermächtniß[2], Delict[3]. Eine gesetzliche Alimentationsverbindlichkeit besteht zwischen Ascendenten und Descendenten[3a], und zwar als gegenseitige, so daß sowohl diese jene, als jene diese zu alimentiren verpflichtet sind[4]. Von den Ascendenten[4a] haftet zuerst der Vater[4b], dann die Mutter, dann die Großeltern und die weiteren Ascendenten[5]. Die Verbindlichkeit setzt hinreichendes Vermögen auf

---

[22] Vgl. III § 567 Note 2 und Vangerow a. a. O. Nr. II, Bayer Vorträge S. 962 fg., Wetzell Civilproc. § 24 Note 104. 105. CPrO. § 387 fg.

* Unterholzner II S. 568—584. R. Buengner zur Theorie und Praxis der Alimentationspflicht. Leipzig 1879. Der Aufsatz von Schanze Arch. f. civ. Pr. LXIX S. 241 fg. (1885) bezieht sich nicht bloß auf das gemeine Recht und betont vornehmlich den Gegensatz zwischen eigentlicher Alimentation und einer fixirten Leistung zum Zweck der Alimentation. Vgl. § 335 Note 6.

§ 475. [1] Vgl. l. 8 C. de rer. perm. 4. 64, l. 1 C. de don. quae sub modo 8. 54 [55]. Eine besonders wichtige Anwendung findet der Alimentenvertrag im deutschen Recht bei der bäuerlichen Gutsübergabe. Buengner S. 1 fg.

[2] Dig. 34. 1 de alimentis et cibariis legatis. Buengner S. 4 fg.

[3] Vgl. l. 7 D. de his qui effud. 9. 3 und oben § 455 Note 9. Buengner S. 9 fg.

[3a] Glück XXVIII S. 50 fg., Sintenis III S. 129—137, Holzschuher I § 66 Nr. 5—18 und III § 324. Reinhard Zeitschr. für Civ. u. Pr. N. F. XIII S. 140 fg. Mandry das gemeine Familiengüterrecht I S. 246 fg., Buengner S. 30 fg.

[4] L. 5 pr. § 1—6. 13 D. de agnosc. et alendis liberis vel parentibus 25. 3, l. 1—4 C. de alendis liberis ac parentibus 5. 25, l. 8 § 4 C. de bon. quae lib. 6. 61, l. 5 C. de patr. pot. 8—46 [47], Nov. 117 c. 7.

[4a] Ueber die Alimentationspflicht der Descendenten im Besonderen vgl. Buengner S. 167 fg.

[4b] Auch wenn ihm bei der Scheidung die Erziehung der Kinder entzogen worden ist. Entscheid. des RG. VIII S. 186 (= Seuff. Arch. XXXVIII. 320).

[5] Von Anderen wird behauptet, daß die väterlichen Ascendenten vor der Mutter haften (s. die bei Glück XXVIII S. 209 Citirten, Puchta § 316, Arndts § 348 [nicht mehr in der 9. Auflage]), wenigstens dann, wenn sich die Descendenten in ihrer Gewalt befinden (Glück a. a. O., Sintenis S. 131, Mandry a. a. O. S. 253, Seuff. Arch. XI. 154). Aber dafür läßt sich ein Beweis aus den Quellen nicht erbringen. L. 8 D. h. t., auf welche man sich vorzüglich beruft, setzt voraus, daß die Mutter (als vermögenslos oder gestorben) nicht in Betracht komme; will man dieß nicht annehmen, so muß man auf Grund der genannten Stelle auch die mütterlichen Ascendenten vor der Mutter haften lassen („nisi pater aut non sit superstes aut egens est"). Auch nennt Nov. 117 c. 7 hinter dem Vater nur die Mutter. Buengner S. 37 fg. — Daß nicht die väterlichen Ascendenten vor den mütterlichen haften: Seuff. Arch. XIII. 265, XXXI. 242, XXXVII. 32 (= Entscheid. des RG. IV S. 151). S. auch Holzschuher I § 66 Nr. 18. A. M. Buengner S. 39 für den Fall, daß der väterliche Großvater den Enkel in der Gewalt hat. — Daß die Alimentationsverbind-

der einen Seite[6], Mangel auf der anderen voraus[7]; ferner daß der Fordernde sich nicht seinerseits gegen die verwandtschaftlichen Pflichten verfehlt habe[8]. Das Maß der Alimente ist nach den Verhältnissen zu bestimmen, namentlich nach dem Stande des Berechtigten und dem Vermögen des Verpflichteten[9]. Zu den Alimenten gehört nur das zur Erhaltung und Pflege des Körpers[10], nicht auch das zur Entwickelung und Ausbildung des Geistes Erforderliche[11]; doch sind Eltern ihren Kindern gegenüber zur Gewährung des Letzteren (Erziehungskosten) ebenfalls verpflichtet[12]. Die Erben des Verpflichteten haften

---

lichkeit des in zweiter Linie Haftenden auch bei Auswanderung des in erster Linie Haftenden eintrete: Seuff. Arch. III. 266.

[6] L. 5 § 13 D. l. 2 C. h. t. Holzschuher I § 66 Nr. 7, Brinz 1. Aufl. S. 1298, Mandry a. a. O. S. 263 fg., Buengner S. 41 fg. Seuff. Arch. I. 233, VI. 204, X. 262, XII. 45. 169 (IX. 190 Nr. 3), XIV. 43, [XXXVII. 31 (RG., Entscheid. IV S. 153). Aufwendung aus dem Kapitalvermögen? Seuff. Arch. XLII. 300.]

[7] L. 5 § 7. 13 vgl. § 19. 25 D. h. t., l. 8 § 5 C. de bon. quae lib. 6. 61. Puggé Rhein. Mus. III S. 569—574, Brinz 1. Aufl. S. 1296 fg., Mandry a. a. O. S. 261 fg., Buengner S. 43 fg. Seuff. Arch. X. 179, XII. 45. 169, XXVIII. 228, [XLIV. 259]. Ueber die Beweislast s. die Aufsätze von Hofmann und Scholz dem Dritten in Zeitschrift für Civ. u. Pr. XVI. 4 und XVIII. 4.

[8] L. 4 C. h. t. „Si patrem tuum officio debito promerueris, paternam pietatem tibi non denegabit". L. 5 § 11 vgl. § 23 D. h. t. Puggé a. a. O. S. 559—568, Reinhard a. a. O. S. 150 fg., Holzschuher I § 66 Nr. 11, Mandry a. a. O. S. 264 fg., Buengner S. 47 fg. Seuff. Arch. V. 285 a. E., XXIV. 255 Nr. 1, XXVIII. 229. Gegen die Ansicht, daß im Fall der Verschuldung doch der nothdürftigste Lebensunterhalt zu gewähren sei: Entscheid. des RG. V S. 154 (= Seuff. Arch. XXXVII. 227).

[9] L. 5 § 7. 10 vgl. 19. 25 D. l. 3. 4 C. h. t., l. 1 § 19 D. de ventre in po. 37. 9. Vgl. Nov. 89 c. 12 § 9: „secundum substantiae mensuram a bono viro arbitratam". Buengner S. 54 fg. Seuff. Arch. XXIV. 41. Vgl. XXIX. 144.

[10] L. 6. 23 D. de alim. leg. 34. 1, l. 5 pr. l. 1 § 19 D. de ventre in po. 37. 9, l. 43. 44 l. 234 § 2 D. de V. S. 50. 16. Ueber das Einzelne s. Walther Zeitschr. für Civ. u. Pr. XX S. 361 fg., Buengner S. 50 fg. Natural- oder Geldprästation? Puggé a. a. O. S. 574 fg., Buengner S. 55 fg.; Seuff. Arch. X. 264, Budde Entscheid. d. OAG. zu Rostock VIII. 64 (= Seuff. Arch. XXXI. 43), [Seuff. Arch. XLII. 213]. Proceßkosten? Buengner S. 52. Seuff. Arch. XXX. 84 und Citate das. — Anspruch auf Nachzahlung? Bedeutung der Rechtsparömie in praeteritum non vivitur: Schanze S. 246 fg. [Seuff. Arch. XII. 273.]

[11] L. 6 D. alim. leg. 34. 1, l. 6 § 5 D. de Carb. ed. 37. 10, l. 4 D. ubi pup. 27. 2. A. M. Walther a. a. O. S. 371 fg., wo auch über abweichende Meinungen Anderer berichtet ist, ferner Mandry a. a. O. S. 258 fg., Dernburg II § 31. S. auch Sintenis Anm. 56.

[12] L. 5 § 12 D. h. t., l. 6 § 5 D. de Carb. ed. 37. 10. Unterholzner S. 575, Sintenis a. a. O., Reinhard a. a. O. S. 145—146.

nur im Falle äußerster Noth des Berechtigten[13]. Mehrere Verpflichtete haften solidarisch[13a]. — Uneheliche Kinder haben der Regel gemäß einen Alimentationsanspruch gegen ihre Mutter und deren Ascendenten, wie eheliche[14]; außerdem aber[15] nach Gewohnheitsrecht[16] auch gegen denjenigen Mann, welcher innerhalb der kritischen Zeit[17] mit der Mutter den Beischlaf vollzogen hat[18]. Diese letztere Ver-

[13] L. 5 § 17 D. h. t. Wenn man die Verpflichtung des Erben an die fernere Voraussetzung knüpft, daß der Erblasser bei seinen Lebzeiten schon Alimente verabreicht habe (Holzschuher I § 66 Nr. 14, Seuffert § 449, Seuff. Arch. VI. 205), so findet das in der citirten Stelle keine Rechtfertigung („dabit"). Eher rechtfertigt diese Stelle die Beschränkung auf den Vater (wo man aber dann neben den Großeltern auch die Mutter ausschließen muß). Mandry a. a. O. S. 250 fg., Buengner S. 58. Seuff. Arch. VI. 205, XXX. 2, XXXVII. 218 (= Entscheid. des RG. IV S. 211).

[13a] Seuff. Arch. XXXI. 242, XXXIV. 299, XXXVII. 32 (RG. Entscheid. IV S. 151).

[14] L. 5 § 4 D. h. t.

[15] Vgl. zum Folgenden: Glück XXVIII S. 183 fg. (1826). Busch theoretisch-praktische Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen gegen ihre Verführer und der unehelichen Kinder gegen ihre Erzeuger S. 214 fg. (1828). Gett über die Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft S. 84—207 (1836). Ferner: Spangenberg Arch. für civ. Pr. I S. 83 fg. (1820). Kaucher das. III S. 441 fg. (1822). Busch in Elvers' Themis II S. 189 fg. (1829). Kämmerer das. S. 202 fg. (1829). Duntze Arch. für civ. Pr. XII S. 115 fg. (1829). Heerwart das. XIV S. 435 fg. (1831). v. Schröter Zeitschrift f. Civ. u. Pr. V S. 303 fg. (1832). Heerwart Arch. f. civ. Pr. XVII S. 77 fg. (1834). Busch das. XXIII S. 216 fg. (1841). Heerwart Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVII S. 327 fg. (1842). v. Buttel Arch. für die Praxis des in Oldenburg geltenden Rechts I Nr. 3 (1844). Schöman Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. I S. 117 fg. (1845). v. Preuschen das. IV S. 139 fg. (1847). Busch Arch. f. civ. Pr. XLVI S. 215 fg. (1863). Buengner S. 62 fg., Sintenis III S. 131—133, Vangerow I § 260 Anm., Holzschuher I § 49. Böhlau Mecklenburg. Landrecht II S. 21 fg. Ueber neuere Gesetzgebungen s. v. Kräwel Arch. f. civ. Pr. L S. 341 fg. Ausländisches Recht: Neubauer Zeitschr. für vergleichende RW. III S. 321 fg. IV S. 362.

[16] Dieses Gewohnheitsrecht (vgl. Schöman S. 131) hat sich namentlich angeschlossen an c. 5 X. de eo qui duxit in matr. 4. 7, obgleich diese Stelle nach der unzweifelhaft richtigen Auslegung nichts von den Grundsätzen des römischen Rechts Abweichendes enthält, s. auch c. 13 X. qui filii sint leg. 4. 17. Vgl. Spangenberg S. 88 fg., Kaucher S. 442 fg., Schröter S. 308, Schöman S. 128—130, Roth bayer. Civilrecht I § 83 Note 5, Buengner S. 64 fg. Das römische Recht gewährt den unehelichen Kindern einen Alimentationsanspruch gegen den unehelichen Vater nicht, erst Nov. 89 c. 12 § 6. c. 13. 15 den Concubinenkindern.

[17] D. h. innerhalb des 182. und 300. Tages vor der Geburt. S. I § 56b Note 3. Vgl. Holzschuher I § 49 Nr. 6. 7, Buengner S. 103 fg. Seuff. Arch. I. 227, V. 175, IX. 124. 162, X. 170, XII. 161, XIII. 123, XV. 98, XVII. 115, XVIII. 108. 109, XXIV. 117, XXV. 250 (vgl. auch I. 161, VI. 210 a. E., VIII. 229, XI. 11, XII. 36).

[18] Der aufgestellte Satz selbst ist vollkommen unbezweifelt: aber welches ist

bindlichkeit wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Mutter sich in der gleichen Zeit mit mehreren Männern in geschlechtliche Verbindung eingelassen hat[19]; diese Mehreren haften solidarisch[20]. Mit

sein Grund? Hierüber gibt es zwei entgegengesetzte Meinungen. Nach der einen ist die Verpflichtung des Concumbenten eine Delictsobligation; so Bülow und Hagemann Erörterungen IV Nr. 70, Kämmerer S. 225 fg., Dunke S. 130, Puchta § 316 und Vorl. dazu, vgl. auch Glück XXVIII S. 197. Nach einer andern Meinung haftet der Concumbent als Vater (Glück S. 184, Gett § 28, Heerwart Arch. für civ. Pr. XIV u. XVII a. a. O. Zeitschr. für Civ. u. Pr. XVII a. a. O., Martin Arch. für prakt. RW. N. F. V S. 244 fg., Emminghaus das. VIII S. 176 fg., Böhlau S. 24 fg., Buengner S. 72 fg.) oder, wie Andere es ausgedrückt haben (v. Schröter S. 309—313, Busch XXIII und XLVI, v. Buttel S. 66 fg., Schöman S. 133 fg.), aus der Thatsache der Erzeugung (vgl. Note 21). M. E. ist die zweite Auffassung unhaltbar. Der Schluß von dem Beischlaf auf Vaterschaft oder Erzeugung ist anerkanntermaßen kein nothwendiger Schluß: warum soll er hier gemacht werden? Man meint: daß der Concumbent wirklich der Vater sei, ist sicher, sobald es sicher ist, daß die Mutter mit einem anderen Manne sich nicht in geschlechtliche Verbindung eingelassen habe; dieß wird aber stillschweigend angenommen, bis der in Anspruch Genommene das Gegentheil bewiesen hat. Aber warum soll es stillschweigend angenommen werden? Trägt man in den gewohnheitsrechtlichen Satz nichts hinein, was er nicht enthält, so kommt man nicht weiter, als dahin: der Concumbent haftet als möglicher Vater. Und wenn gefragt wird, wie kommt das Recht hier dazu, die Möglichkeit der Wirklichkeit gleichzustellen? so ist die Antwort diese: weil der Concumbent eine unerlaubte Handlung begangen hat. In diesem Sinne ist der Delictsstandpunkt anzuerkennen. — Gegen diese Auffassung haben sich ausgesprochen Emminghaus a. a. O., Brinz 1. Aufl. S. 1296 [2. Aufl. III S. 779], Buengner S. 74 fg. Die Sache ist doch sehr einfach: kein Delict ist die Erzeugung des Kindes (wie kann man sagen, daß der Vater gegen das Kind durch Hervorrufung seiner Existenz ein Delict begehe?), aber Delict ist der Beischlaf mit der Mutter. Daß das einfache stuprum heutzutage nicht mehr unter öffentlicher Strafe steht, ist gleichgültig; denn Delict ist jede Handlung, welche das Recht zu dem Ende besonders verboten hat, um an die Uebertretung des Verbots eine dem Thäter nachtheilige Folge zu knüpfen. Die nachtheilige Folge ist hier, daß der Concumbent die Verpflichtungen eines wirklichen Vaters tragen muß, obgleich er nur möglicher Vater ist. Vielleicht könnte man auch im Sinne des römischen Rechts sagen, er hafte, wenn nicht ex delicto, doch quasi ex delicto, „utique peccasse aliquid videtur" (pr. I. de obl. quae quasi ex del. 4. 5). — Böhlau a. a. O. (namentlich S. 27 Note 28) gibt zu, daß der Concumbent nur möglicherweise Vater sei. Aber, meint er, über die Möglichkeit der Vaterschaft komme man überhaupt nicht hinaus; zur rechtlichen Wirklichkeit werde diese Möglichkeit bei der ehelichen Zeugung nur durch positiven Rechtssatz; hier, wo dieser positive Rechtssatz ausfalle, bleibe nichts übrig, als jede Möglichkeit für Wirklichkeit zu nehmen. Darauf ist zu antworten: warum soll überhaupt hier eine Wirklichkeit angenommen werden, wo nur eine Möglichkeit vorliegt? Bei der ehelichen Zeugung gelangt das Recht zur Annahme einer Wirklichkeit auf Grund des Zutrauens zur ehelichen Treue, bei der unehelichen Zeugung muß das andere x gesucht werden, welches das Recht bewegt, den möglichen Vater als wirklichen zu behandeln.

[19] Sie alle sind mögliche Väter. Die zweite der vorhin erwähnten Auffassungen führt umgekehrt dazu, die s. g. exceptio plurium concumbentium

dem Manne haften nicht auch seine Ascendenten[21], wohl dagegen seine Erben nach der für Delictsansprüche geltenden Regel[22]. Daß der

(constupratorum) als zulässig anzuerkennen, und daher keinen der Concumbenten haften zu lassen, wie dieß wirklich thun Gett S. 142 fg. und die das. Citirten, Busch theor.-prakt. Darstellung ꝛc. S. 325. Themis S. 189. 190. Arch. XXIII S. 228 fg., Heerwart XIV S. 447 fg., v. Preuschen a. a. O., Buengner S. 113 fg. Nur Schröter hat es versucht, auch von dieser Auffassung aus die Unzulässigkeit der genannten Einrede zu rechtfertigen; aber der Trugschluß, welchen er dabei macht (S. 313) liegt auf der Hand (s. dawider auch Busch Arch. XXIII S. 229 fg.). S. auch Köppen System des Erbrechts S. 173. — Eine wunderliche Modification der Zulässigkeitstheorie (Busch theoret.-prakt. Darstellung ꝛc. S. 245 fg.) ist die, daß ein Anspruch gegen die mehreren Concumbenten doch wieder im Falle der Unvermöglichkeit der Mutter begründet sei (actio in factum ex lege Aquilia, weil jeder Concumbent das Kind in die Lage versetzt habe, die Paternitätsklage nicht geltend machen zu können, — dawider Heerwart XIV S. 450 fg., vgl. auch Schöman S. 134 fg.). Auch die Meinung ist aufgestellt worden, daß von den mehreren Concumbenten derjenige hafte, dessen Beischlaf der Zeit nach mit der Niederkunft der Mutter am besten zusammentreffe. Waldeck Controversenentscheidungen des OAG. zu Wolfenbüttel I S. 191—207; dawider Busch in dem Aufsatz in der Themis. — Gegen die Zulässigkeit der exc. plurium concumbentium, zum Theil mit Berufung auf den gemeinrechtlichen Gerichtsgebrauch: Seuff. Arch. IV. 51, IX. 167, X. 171, XVI. 17, XXXV. 27, ferner ein Plenarbeschluß des OAG. zu München vom 23. Juni 1841, Reg.-Bl. von 1841 Nr. 33 S. 636—640; dafür Seuff. Arch. XVIII. 253 (welches Erk. sich aber vielleicht auf den Deflorationsanspruch bezieht, wie gewiß VII. 183), XXXII. 281, XXXVII. 314. Ueber die Behandlung dieser Einrede in der Particulargesetzgebung s. Busch XLVI S. 219 fg., Buengner S. 121 fg.; über die Verhandlungen des dritten deutschen Juristentages in Betreff derselben, das. II S. 223 fg.

[20] Die Meinung, daß die mehreren Concumbenten jeder pro rata haften, läßt sich in keiner Weise rechtfertigen.

[21] Das Gegentheil müssen diejenigen annehmen, welche den Vaterschaftsstandpunkt festhalten; doch geschieht es nicht immer, s. Glück S. 221 fg., Gett S. 97—99, Vangerow a. a. O. Nr. 6, Buengner S. 91 fg. Der bezeichneten Consequenz glauben diejenigen entgehen zu können, welche die Alimentationsverpflichtung nicht auf die Vaterschaft (Verwandtschaft), sondern auf die Thatsache der Erzeugung gründen. „Als ob man nicht eben durch die Erzeugung der Vater und also verwandt würde"! (Keller Pand. S. 783.) Vgl. auch Holzschuher a. a. O. Nr. 2 und III S. 1096. 1097. Gegen die Verbindlichkeit der Ascendenten: Seuff. Arch. III. 175, IV. 50; für dieselbe XXII. 241. Vgl. auch XXX. 222.

[22] Also mit Beschränkung auf die Kräfte der Erbschaft. — Der Uebergang der Obligation auf die Erben des Concumbenten scheint in der Praxis nie bestritten worden zu sein. Busch XXIII S. 222. 223 und dazu Heerwart Zeitschr. XVII S. 331. 334, Holzschuher a. a. O. Nr. 26 und III S. 1094, Seuff. Arch. XI. 42, XIX. 47, [Buchka und Budde Entsch. des OAG. zu Rostock II S. 219 fg. S. freilich auch Entsch. d. RG. XXIV S. 155 fg.] Das Argument, welches sich daraus gegen die Vaterschaftstheorie ergibt, liegt auf der Hand (vgl. übrigens Köppen System des Erbrechts S. 173). Der Uebergang wird aber eben auf Grund der Vaterschaftstheorie geleugnet von Heerwart XIV S. 441 und XVII S. 335, Vangerow Nr. 3, Buengner S. 137 fg., während die Erzeugungstheorie sich auch gegen diese Consequenz gedeckt glaubt, Schröter S. 312.

Mann Ehemann ist, schließt seine Verbindlichkeit nicht aus[23], wohl, daß die Mutter Ehefrau ist[24], es müßte denn in diesem letzteren Fall die Nichterzeugung durch den Ehemann feststehen[25].

Geschwister haben einen Alimentationsanspruch gegen einander nicht[26]. Ueber den Alimentationsanspruch zwischen Ehegatten s. die Lehre von der Ehe[27].

---

[23] Das römische Recht, welches den adulterini und den incestuosi allen Alimentationsanspruch versagt (Nov. 74 c. 6, Nov. 89 c. 15), ist durch Gewohnheitsrecht auch in dieser Beziehung überwunden worden. Vgl. die oben citirten Aufsätze von Spangenberg, Kaucher, Duntze, Schröter; auch Holzschuher Nr. 4, Buengner S. 83 fg. Seuff. Arch. XXVII. 38, vgl. VII. 49.

[24] Die Ansicht, daß der Concumbent schlechthin hafte, wird namentlich von Schröter a. a. O. verfochten. Aber das von einer Ehefrau geborene Kind hat, auch wenn der Ehebruch der Mutter nachgewiesen ist, rechtlich zum Vater den Ehemann derselben (I § 56b Note 2), und das Recht kann nicht den Einen als wirklichen Vater anerkennen und daneben einen Andern als möglichen Vater behandeln. S. auch Heerwart Arch. XVII S. 86 fg., Vangerow Nr. 2, Buengner S. 85 fg. Die Ansicht von Schröter liegt dem Urtheil bei Seuff. Arch. IV. 234 zu Grunde, vgl. auch XVII. 50; dawider das. II. 186. 296, VI. 46, X. 54 (V. 176), XXXIV. 87, Buchka und Budde Entscheidungen ꝛc. III. 38.

[25] Fernere Fragen. 1) Haftet auch der unzurechnungsfähige Concumbent? Nach der hier vertretenen Auffassung: nein. A. M. Heerwart XIV S. 438, Vangerow Nr. 5, Buengner S. 122; Seuff. Arch. VI. 47, XII. 162. 2) Kann der Concumbent seiner Verpflichtung auch dadurch genügen, daß er sich erbietet, das Kind bei sich aufzuziehen? Nein; denn er ist nicht Vater und kann nicht verlangen, daß die Mutter sich von dem Kinde trenne. Für diese Entscheidung Kämmerer in der Themis II S. 202 fg., Busch XXIII S. 235 fg., Buttel S. 70, Buengner S. 130 fg., Seuff. Arch. IV. 230, XII. 163, XXVII. 32; a. M. Gett S. 116, Heerwart XIV S. 442 fg. und Zeitschr. XVII S. 343 fg., Fabricius Jahrb. d. gem. R. VI S. 365 fg. Vgl. auch Holzschuher a. a. O. Nr. 9. 10 und III S. 1094. 1095. Ebensowenig kann der Concumbent sich seiner Verpflichtung durch Anbieten der Ehe mit der Mutter entziehen: Seuff. Arch. XXXV. 28. 3) Welches Recht entscheidet, das Recht des Ortes des vollzogenen Beischlafs oder das Recht des Wohnortes des Concumbenten? Läßt man überhaupt für Delictsobligationen das Recht des Delictsortes maßgebend sein (vgl. I § 35 Note 8), so muß man auch hier für die erste Alternative entscheiden (Note 22). Vgl. Holzschuher Nr. 27, Stobbe I § 34 Note 32b fg., Roth I § 51 Note 82 fg. und die das. Citirten, Martin Arch. für prakt. RW. N. F. V S. 244 fg., Buengner S. 81 fg. Seuff. Arch. XIV. 196 und die das. citirten Urtheile; ferner XIX. 212, XXII. 1, XXIV. 103, XXX. 222, XXXI. 1. 196, XXXII. 3. 4) Umfang der Alimentationsverbindlichkeit: Gett S. 107 fg. 110 fg., Holzschuher Nr. 10a. 14, Buengner S. 125 fg.; Seuff. Arch. VI. 203, X. 53, XI. 245, XII. 35, XXV. 132. 5) Zeitliche Grenze: Gett S. 114 fg., Holzschuher Nr. 8, Buengner S. 134 fg. Seuff. Arch. I. 228, VII. 49, XI. 41; VI. 202, XII. 273, XVII. 250, XXI. 238, XXIV. 243, XLI. 107. Buchka und Budde Entscheidungen ꝛc. V S. 297. 298. 6) Klage der Mutter: Holzschuher Nr. 5; Seuff. Arch. II. 55, IV. 49, XI. 43, XVII. 49. 50, XXXII. 49, XXXIV. 125. 7) Verhältniß der Verhaftung der Mutter zu der des Concumbenten: Buengner S. 95 fg. 8) Beweis: Seuff. Arch. VI. 201, XVII. 247.

[26] Man (namentlich Thibaut Versuche I. 12) hat es behauptet wegen l. 4

V. Haftung für Verbindlichkeiten Anderer.

A. Bürgschaft*.

1. Begriff und Abschluß.

§ 476.

Die Bürgschaft hat den gleichen Zweck, wie die Verpfändung: einem Gläubiger Sicherheit zu verschaffen für die Befriedigung seiner Forderung. In der Verpfändung wird dieser Zweck dadurch erreicht, daß an die Forderung eine Sache gebunden wird, durch deren Verwerthung der Gläubiger sich selbst Befriedigung verschaffen kann; in der Bürgschaft wird der bezeichnete Zweck dadurch erreicht, daß dem Gläubiger ein zweiter Schuldner gegeben wird, an welchen er sich halten kann, wenn er von seinem eigentlichen Schuldner, dem Hauptschuldner, nicht befriedigt wird. Im Uebrigen kann der Bürgschaftsvertrag einen verschiedenen Inhalt haben. 1) Der Bürge nimmt die Verbindlichkeit des Hauptschuldners auf sich; er begründet nicht eine neue Verbindlichkeit für sich, sondern erstreckt die Verbindlichkeit des Hauptschuldners auf sich, so daß er neben demselben Correalschuldner wird. 2) Der Bürge begründet für sich eine besondere Verbindlichkeit, aber auf eine Leistung, welche zum Inhalt die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners hat; er macht sich neben demselben zum (bloßen) Solidarschuldner. 3) Der Bürge begründet für sich eine besondere Verbindlichkeit auf eine Leistung, welche zum Inhalt nicht die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners hat, sondern den Ersatz des Schadens, welcher dem Gläubiger durch Nichterfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners erwachsen werde. Das römische Recht hat für jede dieser Willensrichtungen eine besondere Vertragsform ausgebildet, und stellt jede dieser Vertragsformen

---

D. ubi pup. 27. 2, l. 1 § 2 D. de tutelae 27. 3 in Verbindung mit l. 12 § 3 l. 13 § 2 D. de adm. et per. 26. 7. S. dagegen Müller Arch. für civ. Pr. XIII S. 234 fg., Vangerow I § 260 Anm. 2, Mandry S. 248 fg., Buengner S. 171 fg. Vgl. Holzschuher a. a. O. Nr. 3 und III S. 1096. Seuff. Arch. XXIX. 31. 242.

[27] § 491 Note 2, § 493 Note 3.

* Inst. 3. 20 de fideiussoribus. Dig. 46. 1 Cod. 8. 40 [41] de fideiussoribus et mandatoribus. — Kritz Pandektenrecht Thl. I Bd. 1 S. 115—239 (1835), Liebe im Rechtslexicon V S. 512—525 (1844). Girtanner die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht (1850. 1851). Hasenbalg die Bürgschaft des gemeinen Rechts (1870). (Darüber: Baron krit. VJSchr. XVI S. 31—46.) Unterholzner II S. 801—849, Vangerow III § 578. 579, Sintenis II S. 826—837, Brinz 2. Aufl. II § 255—257, Dernburg II § 76—82. [Hasenöhrl Oesterr. Obligationenrecht II § 80.]

unter ihre besonderen Regeln. Der ersten Willensrichtung entspricht die fideiussio[1], der zweiten das constitutum[2], der dritten das mandatum[3]. Auch im heutigen Recht ist es nicht ausgeschlossen, daß die Vertragschließenden einen dieser Wege zur Erreichung des Bürgschaftszweckes mit Abweisung der übrigen erwählen und als gewollt unzweifelhaft bezeichnen; aber die Regel wird dieß nicht sein. Regelmäßig werden sie sich darauf beschränken, nur im Allgemeinen den Bürgschaftswillen, mit oder ohne Gebrauch des Wortes Bürgschaft[3a], auszudrücken. In diesem Falle nun darf 1) nicht angenommen werden, daß die Vertragschließenden einen bloßen Schadloshaltungsvertrag gewollt haben[4]; 2) was den Gegensatz zwischen fideiussio und constitutum angeht, so ist zu sagen, daß das Bewußtsein der Vertragschließenden für diesen Gegensatz im Zweifel unempfindlich ist[5]; wo sich aber ein Bedürfniß ergibt, zwischen dem Recht der fideiussio und dem des constitutum zu unterscheiden, ist das erstere, nicht das letztere zur Anwendung zu bringen[6].[7]

---

[1] Die fideiussio wurde durch Stipulation mit Gebrauch des Wortes fideiubere („idem fide tua esse iubes"?) geschlossen. Im classischen Recht dienten dem gleichen Zweck noch zwei andere Stipulationsformen, die sponsio („idem dare spondes"?) und die fidepromissio („idem fidepromittis"?), für welche auch in mannichfacher Beziehung besonderes Recht galt; im Justinianischen Recht sind dieselben verschwunden. Vgl. mit Gai. III. 115—127 den Titel der Institutionen de fideiussoribus. Girtanner S. 4—46, Bekker proc. Consumption S. 182—207, Hasenbalg S. 3—26. Wo in der Justinianischen Compilation das Wort spondere vorkommt, geht es auf die (Stipulations-) Bürgschaft überhaupt; vgl. § 1. 3. 4. 8 I. de mand. 3. 26, l. 26 C. h. t. Girtanner S. 102—105. § 476.

[2] Das s. g. constitutum debiti alieni. Dasselbe bedurfte, wie jedes constitutum, der Stipulationsform nicht. Vgl. über das constitutum überhaupt oben § 284; über die Anwendung desselben auf fremde Schulden l. 2 l. 5 § 2—4 l. 26—28 D. de pec. const. 13. 5. Zimmern in seinen und Neustetels römischrechtlichen Untersuchungen S. 255 fg., Girtanner S. 47—59, Bruns Zeitschr. f. RGesch. I S. 97—101, Hasenbalg S. 744 fg.

[3] Das s. g. mandatum qualificatum. S. § 412 Ziff. 2 und speciell Note 19 und 20; Zimmern in dem in der vorigen Note citirten Aufsatz, Girtanner S. 60—72.

[3a] Vgl. Seuff. Arch. XXXII. 9, XXXVI. 39.

[4] Die Intention der Vertragschließenden ist im Zweifel darauf gerichtet, daß der Bürge schuldig werden solle, was der Hauptschuldner schuldig ist, daß der Bürge verpflichtet werden solle, statt des Hauptschuldners zu leisten. Seuff. Arch. XXXVII. 25.

[5] Die Vertragschließenden wissen sehr genau, daß der Bürge verpflichtet werden soll, eine Verbindlichkeit zu erfüllen, die ihm materiell eine fremde ist; aber sie würden wohl regelmäßig sehr in Verlegenheit kommen, wenn sie Antwort auf die Frage geben sollten, ob sie wollen, daß diese Verbindlichkeit als solche auf den Bürgen übergehen solle, oder ob sie wollen, daß für denselben eine besondere Verbindlichkeit zur Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners entstehen solle.

Geschlossen wird der Bürgschaftsvertrag durch die Erklärung des Vertragswillens; einer Form bedarf diese Erklärung nicht. Untersagt ist die Bürgschaft den Frauen[8]; für gewisse Verpflichtungen den Soldaten und Geistlichen[9].

2. Verpflichtung des Bürgen.

a. Im Allgemeinen.

§ 477.

Die Verpflichtung des Bürgen steht unter freiem richterlichen Ermessen; im Folgenden sind nur die Hauptpunkte angegeben[1].

1. Der Bürge ist nicht schuldig, wenn der Hauptschuldner nicht schuldig ist.

a. Besteht von allem Anfang an eine Verbindlichkeit für den Hauptschuldner nicht, während der Bürge das Bestehen einer solchen irrigerweise angenommen hat, so wird auch der Bürge nicht ver-

---

[6] Und zwar deßwegen, weil die fideiussio den Bürgschaftswillen, d. h. den Willen nur zur Sicherheit des Gläubigers zu haften, am reinsten und unmittelbarsten zum Ausdruck bringt. Die fideiussio als solche enthält den Ausdruck des Bürgschaftswillens, nicht aber enthält den Ausdruck des Bürgschaftswillens das constitutum als solches; das constitutum kann auch in dem Sinne gemacht werden, daß die Verpflichtung, die fremde Verpflichtung zu erfüllen, schlechthin übernommen wird. Entscheid. d. RG. X S. 186.

[7] Ueber die verschiedenen Ansichten in Betreff der heutigen Bedeutung der römischen Unterscheidung zwischen den verschiedenen Bürgschaftsformen s. Girtanner S. 163 fg. 373 fg., Hasenbalg S. 817 fg., Liebe S. 515 fg., Vangerow III § 579 a. E., Sintenis Anm. 36, Arndts § 353, Samhaber Correaloblig. S. 173 fg., Bruns Zeitschr. f. RGesch. I S. 97 fg. v. Holtzendorff's Encycl. I § 69, Brinz S. 194 fg. 202, Dernburg II § 76. 77.

[8] Durch das SC. Velleianum, welches sich aber nicht bloß auf Bürgschaften bezieht. S. darüber § 485 fg.

[9] Soldaten sollen nicht Bürgen werden für Pacht- und Miethverträge, l. 31 C. de loc. 4. 65; Geistliche sollen nicht Bürgen werden für Pachtungen von Gütern oder öffentlichen Gefällen, für Verwaltungen, für Führung fremder Processe. Nov. 123 c. 6, vgl. c. 29 C. 6 qu. 1, c. 1 X. de fidei. 3. 22. Jedoch ist die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmung nicht allgemein anerkannt. Entschieden unanwendbar ist die Bestimmung in Betreff der curiales in l. 30 C. de loc. 4. 65. Vgl. Girtanner S. 143 fg. 283 fg. 368 fg., Hasenbalg S. 224 fg. — Auf Grund von l. 1. 2 C. ne fideiussores dotium 5. 10 wird auch wohl ein Verbot der Bürgschaft für Restitution einer Dos behauptet; jene Stellen handeln aber nur von dem Recht, Bürgschaft zu verlangen. Glück XXVII S. 231, Girtanner S. 144, Hasenbalg S. 112 fg.

§ 477. [1] Der Bürgschaftsvertrag ist nach heutigem Recht bonae fidei contractus in dem Sinne, in welchem es bei den Römern Kauf, Miethe ꝛc. war. D. h. die Parteien bezeichnen in demselben nur im Allgemeinen ihre Intention; sie legen aber nicht im Besonderen auseinander, was dieser Intention gemäß ist. Seuff. Arch. XXIII. 29.

pflichtet[2]. Ist die Bürgschaft für eine künftige Verbindlichkeit übernommen[3], so entsteht für den Bürgen eine Verbindlichkeit nur dann, wenn für den Hauptschuldner eine entsteht[3a]. Die Verbindlichkeit des Hauptschuldners braucht aber, um den Bürgen haftbar zu machen, keine juristische zu sein[4]; wenngleich nicht eine jede natürliche Verbindlichkeit hinreicht[5]. Von der anderen Seite haftet der Bürge nicht nur dann nicht, wenn die Hauptschuld an und für sich nicht besteht, sondern auch dann nicht, wenn sie durch eine Einrede entkräftet ist: die Einreden des Hauptschuldners stehen auch dem Bürgen zu[6]. Doch läßt dieser letztere Satz Ausnahmen zu[7]. Wo aber auch immer nach

---

[2] L. 16 pr. l. 29 l. 37 l. 47 pr. l. 56 pr. § 2 l. 70 § 4 D. h. t., l. 1 § 1. 6. 8 D. de pec. const. 13. 5. Wie sich zu den zuerst genannten Stellen l. 25 D. h. t. verhalte, bleibt dunkel. Vgl. Girtanner S. 20—26, Hasenbalg S. 93—99, Ubbelohde in Grünhut's Zeitschr. IV S. 684, Dernburg II § 78 Note 2. — Irrthum über den Grund der Schuld schadet nicht. Seuff. Arch. V. 20. Ebensowenig schadet der Irrthum über die Person des Gläubigers; wohl der über die Person der Schuldners. Seuff. Arch. III. 169, IV. 225; III. 168, VII. 19. 50. 51. Vgl. Girtanner S. 334, Hasenbalg S. 31 fg. Beweis des Irrthums: Seuff. Arch. II. 181. Beweis der Schuld durch Anerkenntniß des Hauptschuldners? Seuff. Arch. II. 185, XV. 23, XVII. 35, XXII. 143, XXV. 108. — Convalescenz der Hauptschuld, vgl. Hasenbalg S. 121 fg.

[3] Was zulässig ist, l. 6 § 2 D. h. t., l. 2 C. de pec. const. 4. 18; vgl. Girtanner S. 105 fg., Bruns Zeitschr. f. RGesch. I S. 71. 89, Hasenbalg S. 101 fg.

[3a] L. 6 § 2 cit.

[4] L. 6 § 2 l. 7 l. 16 § 3 D. h. t., § 1 I. h. t., l. 1 § 7 D. de pec. const. 13. 5. Hasenbalg S. 143 fg.

[5] S. § 288 Note 4, § 289. Vgl. Hasenbalg S. 151 fg. Seuff. Arch. XX. 130.

[6] L. 19 D. de exc. 44. 1, l. 32 D. h. t. (zu den Worten: „et quidem invito reo" vgl. Seuff. Arch. IX. 290 [II. 185]), § 4 I. de replic. 4. 14; l. 7 § 1 D. de exc. 44. 1, l. 15 pr. l. 49 pr. D. h. t., l. 14 § 6 D. quod met. c. 4. 2, l. 16 § 1 D. ad. SC. Vell. 16. 1, l. 4. 5 D. de compens. 16. 2, l. 12 C. de non num. pec. 4. 30; l. 3 § 1 D. de pec. const. 13. 5. Die Einreden des Hauptschuldners stehen dem Bürgen als solchem zu, unabhängig davon, ob er einen Rückgriff gegen den Hauptschuldner hat, oder nicht. Doch sind die Ansichten über diesen Punkt getheilt. Vgl. Girtanner S. 40 fg. 384 fg., Vangerow § 578 Anm. 2 Nr. II. 2, Hasenbalg S. 295 fg., Baron S. 43 Mandry Familiengüterrecht I S. 477 fg., Brinz 1. Aufl. § 255 Note 27. [Gradenwitz Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte S. 274 fg.]

[7] L. 7 pr. D. de exc. 44. 1 sagt (mit unmittelbarer Beziehung auf den Bürgen): „exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios". Aber welche Einreden sind exceptiones personae cohaerentes? Die citirte Stelle nennt als Beispiel die Einrede aus dem s. g beneficium competentiae (§ 268 Note 8). Diese Einrede steht aber dem Bürgen schon deßwegen nicht zu, weil sie sich nicht sowohl auf die Schuld, als vielmehr auf die Vollstreckbarkeit derselben bezieht (§ 268 Note 11). Die sonst in den Quellen noch genannten Fälle von Einreden, welche auf den Bürgen nicht übergehen, setzen

den hier aufgestellten Regeln der Bürge haftet, ohne daß der Hauptschuldner in Anspruch genommen werden kann[8], haftet er doch in dem Falle nicht, wo er einen Rückgriff gegen den Hauptschuldner hat, so daß seine Leistung auf den Hauptschuldner zurückfallen würde[9]. — Kennt der Bürge die Ungültigkeit der Verbindlichkeit, für welche er sich verbürgt, so kann er sich auf ihre Ungültigkeit nicht berufen[10].[11]

---

spätere Entstehung der Einrede voraus. S. Note 15. [Mitteis Jahrb. für Dogm. XXVIII S. 140 fg.]

[8] Also: a) wenn der Hauptschuldner nur natürlich verpflichtet ist (Note 4); b) wenn dem Hauptschuldner eine Einrede zusteht, welche der Bürge nicht entgegensetzen kann (Note 7). S. jedoch in Betreff des letzteren Falles die folgende Note.

[9] L. 9 § 3 D. de SC. Mac. 14. 6. Andere sehen in dieser Stelle einen Beweis für die Behauptung, daß der Bürge sich der Einreden des Hauptschuldners überhaupt nur im Falle eines begründeten Rückgriffsrechts bedienen könne (Note 6). — Bei dem aufgestellten Satz wird jedoch vorausgesetzt, daß das Recht wirklich den Schuldner auch gegen indirecte Nöthigung zur Zahlung schützen will. Es ist aber zuzusehen, ob nicht das Recht, indem es dem Bürgen eine dem Hauptschuldner zustehende Einrede versagt, dem Bürgen damit auch den an und für sich begründeten Regreß gegen den Hauptschuldner abspricht. Dieß ist ohne Zweifel gerade bei der in Note 7 genannten Einrede aus dem beneficium competentiae der Fall, arg. l. 58 § 1 D. mand. 17. 1.

[10] In diesem Sinne heißt es in l. 37 D. h. t.: — „*erroris* fideiussio nulla est“. Doch ist es sehr zweifelhaft, ob gerade die fideiussio nach römischem Recht auch dann gültig war, wenn sie für eine nichtige Verbindlichkeit in Kenntniß ihrer Nichtigkeit übernommen wurde. Vgl. l. 11 D. h. t., l. 18 D. de SC. Mac. 14. 6. Jedenfalls war sie gültig für eine durch Einrede entkräftete Verbindlichkeit; und auch die Verhaftung für eine nichtige Verbindlichkeit konnte unzweifelhaft wirksam durch mandatum übernommen werden. Vgl. l. 13 pr. D. de min. 4. 4, l. 12 § 13 D. mand. 17. 1. Heutzutage ist eine für eine nichtige Verbindlichkeit wissentlich übernommene Bürgschaft aufzufassen als Versprechen der Schadloshaltung für den Fall, daß der als verpflichtet Bezeichnete die Leistung, zu welcher er rechtlich nicht verbunden ist, nicht freiwillig machen sollte. Vgl. Arndts § 352 Anm. 2, Bruns in v. Holtzendorff's Encycl. I S. 342 (406. 433. 448), Hasenbalg S. 99 fg. 117 fg., Brinz 1. Aufl. § 255 Anm. 23. 24. 31, Stammler Arch. f. civ. Pr. LXIX S. 38 fg.

[11] Abgesehen von dem Falle, wo die Ungültigkeit auf einem Rechtsverbot beruht (Seuff. Arch. XXX. 245: Spielschuld) und vorbehaltlich an und für sich auch hier des Falles, wo die Leistung des Bürgen auf den Hauptschuldner zurückfallen würde. Jedoch ist in letzterer Beziehung auch hier zu erwägen: a) ob nicht das Recht gegen eine indirecte Nöthigung des Schuldners zur Zahlung nichts zu erinnern hat; b) ob nicht nach Lage der Umstände eher dem Bürgen der Regreß gegen den Hauptschuldner zu entziehen ist, als dem Gläubiger sein Forderungsrecht gegen den Bürgen; es wird dieß dann das Zutreffende sein, wenn den Gläubiger beim Geschäfte kein Vorwurf trifft. Vgl. mit l. 9 § 3 D. de SC. Mac. 14. 6 (welche Stelle zwischen Wissen und Nichtwissen des Bürgen nicht unterscheidet) l. 12 § 13 D. mand. 17. 1. Und endlich ist c) zu erwägen, ob nicht in der Bestellung der Bürgschaft durch den Hauptschuldner eine gültige Bestätigung der Hauptschuld gefunden werden muß; wie z. B. wenn der Gezwungene nach Aufhören des Zwanges einen Bürgen gibt.

b. Wird die Verbindlichkeit des Hauptschuldners hinterher aufgehoben[11a], so hört auch die Verbindlichkeit des Bürgen auf[12]. In Betreff des Näheren gelten die gleichen Grundsätze wie im vorigen Fall. Also: 1) es mächt keinen Unterschied, ob die Verbindlichkeit des Hauptschuldners direct aufgehoben wird[13] oder ob nur eine Einrede gegen dieselbe begründet wird[14], obgleich es auch hier Einreden gibt, welche ausnahmsweise dem Bürgen nicht zustehen[15]. 2) Für die Fortdauer der Verbindlichkeit des Bürgen reicht die Fortdauer einer natürlichen Verbindlichkeit in der Person des Hauptschuldners hin[16]. 3) Wenn auch der Bürge an und für sich fortfährt zu haften, so kann er sich auf die Befreiung des Hauptschuldners doch in dem Falle berufen, wo seine Leistung auf den Hauptschuldner zurückfallen würde[17].

[11a] Hasenbalg S. 632 fg. 798 fg.

[12] L. 43 D. de sol. 46. 3, l. 60 D. h. t. — Galt diese Regel auch für das constitutum debiti alieni? Für das constitutum als solches nicht; denn das constitutum als solches geht auf die Leistung dessen, was der Andere jetzt (zur Zeit des constitutum) schuldig ist. L. 18 § 1 D. de pec. const. 13. 5. Der Untergang der Hauptschuld befreit hier den accessorischen Schuldner nur nach den für die (bloße) Solidarobligation geltenden Regeln (§ 284 Note 4. 5). Es konnte aber ohne allen Zweifel das constitutum auch gerichtet werden auf dasjenige, was der Hauptschuldner schuldig ist und bleiben wird. Ein Erfüllungsversprechen dieser letzteren Art ist das Bürgschaftsversprechen, wenn es Erfüllungsversprechen ist, gewiß.

[13] Die Quellen nennen speciell außer der Erfüllung: Novation (l. 4 C. h. t.) und Confusion (l. 21 § 3 l. 71 pr. D. h. t., l. 38 § 5 D. de sol. 46. 3).

[14] Die Quellen nennen speciell die exc. iurisiurandi (l. 28 § 1 D. de iurei. 12. 2, l. 7 § 1 D. de exc. 44. 1) und die exc. pacti (l. 21 § 5 D. de pact. 2. 14, l. 29 pr. D. de mand. 17. 1, l. 5 pr. D. de lib. leg. 34. 3, l. 7 § 1 D. cit.; über l. 62 und l. 27 § 2 D. de pact. 2. 14 s. Vangerow S. 154. 155 [7. Aufl. S. 138. 139]; Seuff. Arch. II. 185). [Einrede aus der liberatio legata, vgl. mit l. 2 pr. D. de lib. leg. 34. 3 l. 49 pr. D. h. t.] In Betreff der Wiedereinsetzung s. Note 18 und Hasenbalg S. 356 fg. — Die Unterbrechung der Verjährung der Hauptschuld wirkt auch gegen den Bürgen, wie umgekehrt. S. § 295 Note 11. Hasenbalg S. 291 fg. Seuff. Arch. XIV. 31.

[15] So die Einrede aus dem pactum de non petendo in personam, l. 22 D. de pact. 2. 14, l. 5 pr. D. de lib. leg. 34. 3 (für welche Einrede sich jedoch nach neuestem und heutigem Recht das benef. excussionis geltend macht, § 478 Note 6). Ferner die Einrede aus dem erzwungenen Nachlaßvertrag, l. 58 § 1 D. mand. 17. 1, welcher Einrede die Einrede aus einem erzwungenen Stundungsvertrag (und aus einem dem Schuldner auf Grund des früheren gemeinen Rechts ertheilten Moratorium) gleichzustellen ist (§ 275 Ziff. 2. 3); die Einrede aus dem beneficium competentiae (Note 7, vgl. § 267 Ziff. 1. 3. 5). Die Einrede aus der cessio bonorum, welche § 4 I. de replic. 4. 14 ebenfalls hierher rechnet, hat heutzutage keine Bedeutung mehr (§ 266).

[16] L. 60 D. h. t. A. M. Hasenbalg S. 345 fg.

[17] L. 32 D. de pact. 2. 14. Seuff. Arch. XXXII. 235. Es sind aber auch hier die in Note 9 bezeichneten Maßgaben hinzuzufügen. Daß dem Bürgen mit der Einrede des Hauptschuldners auch der Regreß gegen den Hauptschuldner

4) Der Wegfall der Verbindlichkeit des Hauptschuldners thut der Verbindlichkeit des Bürgen keinen Eintrag, wenn der Bürge sich gerade mit Rücksicht auf den möglichen, nun eingetretenen Fall des Wegfalles derselben verbürgt hat[18]. — Eine besondere Vorschrift enthält das römische Recht für den Fall, wo der Bürge durch seine Schuld die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners unmöglich macht; hier wird der Hauptschuldner befreit, und der Bürge fährt fort zu haften[19].[20].

2. Der Bürge ist nicht Mehr schuldig, als der Hauptschuldner

---

versagt werde, ist bei sämmtlichen in Note 15 genannten Einreden, mit Ausnahme der aus dem pactum de non petendo in personam, nach und arg. l. 58 § 1 D. mand. 17. 1 anzunehmen.

[18] Im Speciellen heißt es in den Quellen, daß die dem minderjährigen Hauptschuldner ertheilte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dem Bürgen nicht zu Gute komme, wenn derselbe sich gerade mit Rücksicht auf die Minderjährigkeit des Hauptschuldners verbürgt habe. S. I § 120 Note 18. Vgl. übrigens auch Brinz 1. Aufl. § 255 Note 38.

[19] Es macht sich hier eine allmälige Entwickelung des römischen Rechts bemerklich. Zuerst wurde der Regel gemäß gesagt, daß der Bürge von der Bürgschaftsverpflichtung frei werde, aber aus seinem dolus hafte; dann wurde die Bürgschaftsklage gegen ihn als utilis, und zuletzt schlechthin gegeben. Alle diese Auffassungen sind in den Quellen vertreten. S. l. 19 D. de dolo 4. 3; l. 32 § 5 D. de usur. 22. 1, l. 38 § 4 D. de sol. 46. 3; l. 95 § 1 D. eod., l. 88 l. 91 § 4 D. de V. O. 45. 1.

[20] Eine eigenthümliche Ansicht über die Fortdauer der Verbindlichkeit des Bürgen nach Wegfall der Verbindlichkeit des Hauptschuldners hat Girtanner S. 80 fg. 480 fg. 495 fg. aufgestellt. Nach dieser Ansicht soll der Schuldner nur befreit werden: 1) durch diejenigen in der Person des Hauptschuldners eintretenden Befreiungsgründe, welche auch seinen Correalschuldner befreien; 2) durch Confusion; 3) die in der Person des Hauptschuldners entstehenden Einreden sollen dem Bürgen nur insofern zu Gute kommen, als er einen Rückgriff gegen den Hauptschuldner habe (vgl. Note 6). Girtanner beruft sich für diese Theorie auf l. 18 § 1 D. de pec. const. 13. 5, s. darüber Note 12; auf die Möglichkeit der Fortdauer der Verpflichtung des Bürgen nach einer dem Hauptschuldner ertheilten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, s. darüber Note 18; auf l. 32 D. de pact. 2. 14, welche von einem pactum de non petendo in personam zu verstehen ist, vgl. l. 7 § 1 D. de exc. 44. 1; auf die zu Note 19 erwähnte Bestimmung, welche offenbar den Charakter einer Ausnahmebestimmung hat, und nur der auch sonst begründeten Verhaftung des Bürgen einen neuen Ausdruck gibt; endlich auf die Fortdauer der Verhaftung des Bürgen bei capitis diminutio und unbeerbtem Tod des Schuldners (l. 5 pr. D. qui satisd. 2. 8, l. 1 C. h. t., l. 1 § 14 D. dep. 16. 3, l. 95 § 1 D. de sol. 46. 3), in welchen Fällen eine Verhaftung, wenn auch nicht des Schuldners, doch des Vermögens fortdauert (l. 2 pr. de cap. min. 4. 5, vgl. l. 22 D. h. t.). Gegen Girtanner s. Vangerow § 578 Anm. 2, Sintenis Anm. 39, Arndts § 357 Anm. 3, und was die Einreden angeht Hasenbalg S. 296 fg., welcher im Uebrigen im Princip mit Girtanner einverstanden ist (S. 633 fg.). Vgl. noch Unger Jahrb. f. Dogm. X S. 21 Note 24, Schwanert Naturalobligat. S. 397 fg.

schuldig ist; er ist nicht unter härteren Modalitäten[21] schuldig, als der Hauptschuldner schuldig ist. Wird das Gegentheil ausdrücklich ausgemacht, so liegt, so weit die dem Bürgen auferlegte Leistung die dem Hauptschuldner obliegende übersteigt, keine Bürgschaft vor[22]; es kann aber der weiter gehende Wille der Parteien aufrecht erhalten werden als Schenkungsversprechen, Entschädigungsversprechen, Schuldübernahme[23]. — Uebernimmt der Bürge nicht eine schwerere, sondern nur eine andere Leistung, so ist wirklich Bürgschaft vorhanden, aber mit Hinzufügung eines Vertrages über Leistung an Erfüllungsstatt[24].

3. Der Bürge ist nicht Weniger schuldig, als der Hauptschuldner schuldig ist; er ist nicht unter leichteren Modalitäten schuldig, als der Hauptschuldner schuldig ist. Doch kann das Gegentheil ausgemacht

[21] Bedingung, Befristung, Leistungsort, andere Nebenbestimmungen, namentlich in Betreff des Wahlrechtes bei alternativen Obligationen. Vgl. § 5 I. h. t. („Non solum enim in quantitate, sed etiam in tempore minus aut plus intellegitur") und § 33 I. de act. 4. 6 („plus autem quatuor modis petitur: re, tempore, loco et causa"). L. 8 D. de eo quod certo loco 13. 4.

[22] Nach römischem Recht war die fideiussio in duriorem causam ganz nichtig, während das constitutum abweichende Modalitäten der Leistung wohl vertrug, und wenn es auf ein Mehr ging, bloß auf das Maß der Verbindlichkeit des Hauptschuldners herabgesetzt wurde. L. 8 § 7—10 l. 16 § 1. 2. 5 l. 34 l. 70 pr. § 1 D. h. t., § 5 I. h. t., Gai. III. 126; l. 1 § 8 l. 11 § 1 l. 12 l. 19 pr. l. 3 § 2 l. 4 l. 5 pr. l. 25 pr. D. de pec. const. 13. 5. Nach heutigem Recht kann die theilweise Gültigkeit der Bürgschaft in duriorem causam nicht bezweifelt werden, und wird auch nicht bezweifelt. Die Schriftsteller sind aber nicht einverstanden darüber, wie dieses heutige Recht zu rechtfertigen sei. Die Einen sagen, die römische Bestimmung über die fideiussio gelte deßwegen nicht für uns, weil sie ihren Grund gehabt habe in der Strenge, mit welcher man die Stipulationsformel geglaubt habe interpretiren zu müssen; nach der Meinung der Anderen ist eine Bürgschaft der bezeichneten Art als constitutum debiti alieni aufzufassen. Zu dem oben (§ 476 Note 5 u. 6) Gesagten stimmt nur die erste Auffassung. Vgl. Girtanner S. 31—39. 170 fg. 375 fg., Vangerow § 578 Anm. 1, Samhaber Correalobligat. S. 174. 175, Hasenbalg S. 179 fg. 760 fg. 854 fg. 865.

[23] Es entscheidet der Wille der Parteien, und nicht der Ausdruck. Wer erklärt, für eine bedingte Schuld unbedingt bürgen zu wollen, schenkt dem Gläubiger für den Fall des Ausfalles der Bedingung. Wer erklärt, daß er sich für eine Schuld von 100 auf 150 verbürge, verbürgt sich wirklich auf 100, und verspricht außerdem dem Gläubiger 50 als Ersatz für den ihm durch das Ausbleiben der Leistung des Schuldners erwachsenden Schaden. Wer erklärt, er verbürge sich für eine in einem Jahre fällige Schuld in der Weise, daß er sie in einem Monat zahlen wolle, verbürgt sich gar nicht, sondern übernimmt einfach die Leistung einer Schuld.

[24] Nach römischem Recht war die fideiussio in diesem Fall ebenfalls nichtig (l. 42 l. 8 § 8 l. 38 pr. l. 70 § 2 D. h. t.), nicht das constitutum (l. 1 § 5 D. de pec. const. 13. 5). Vgl. Girtanner S. 28 fg. 170 fg. 377 fg., Hasenbalg S. 160 fg. 758 fg. 850 fg. 865.

werden[25]. Erleidet die Hauptschuld eine Aenderung, oder erhält sie einen Zuwachs, so haftet der Bürge auch dafür[26]. Für selbständige[27] Nebenverbindlichkeiten der Hauptschuld haftet der Bürge an und für sich nicht[28]; doch kann die Verhaftung dafür auch stillschweigend übernommen werden[29].

b. Rechtswohlthat der Vorausklage*.

§ 478.

Der Bürge haftet in zweiter Linie; er kann verlangen, daß der Gläubiger vorher seine Befriedigung bei dem Hauptschuldner suche, und zwar durch Ausklagung desselben[1]. Dieses Recht fällt jedoch

---

[25] Auch bei der römischen fideiussio, l. 8 § 7 l. 34 l. 6 § 1 l. 9 l. 68 § 1 D. h. t. Vgl. Hasenbalg S. 235 fg.

[26] Aenderung: z. B. durch verschuldete Herbeiführung der Unmöglichkeit der Erfüllung, l. 58 § 1 D. h. t., l. 49 l. 88 l. 91 § 4 D. de V. O. 45. 1. Zuwachs: z. B. durch Verzugszinsen, l. 24 § 1 D. de usur. 22. 1, l. 54 pr. D. loc. 19. 2, l. 10 D. rem. pup. 46. 6, l. 3 § 1 [l. 2 § 12] D. de adm. rer. 50. 8, l. 5 C. de pact. int. emt. 4. 54; l. 68 § 1 D. h. t. Proceßkosten: Seuff. Arch. III. 325, XX. 226. — In Betreff der Verzugszinsen sind a. M. Wolf Mora S. 207 fg., Madai Mora S. 419 fg., Hasenbalg S. 267 fg., welche den Bürgen nur dann für Verzugszinsen haften lassen, wenn er ausdrücklich erklärt habe, daß er sich für das gesammte Schuldverhältniß verbürge. Für das römische, nicht für das heutige Recht, theilen diese Meinung Girtanner S. 411 fg., Kniep Mora I S. 250 fg. Es kommt darauf an, ob die fideiussio in omnem causam, von welcher die Quellen reden, von einer ausdrücklich erstreckten, oder von einer nicht ausdrücklich beschränkten fideiussio zu verstehen ist. Ich sehe keinen Grund, welcher zu der erstgenannten Interpretation nöthigte. Vgl. l. 3 § 1 [l. 2 § 12] D. cit.: — „nisi proprie quid in persona eorum verbis obligationis expressum est“. L. 56 § 2 D. h. t.: — „si in omnem enim causam acceptus videtur, quae ex ea numeratione nasci potest“. Für die hier vertretene Meinung auch Holzschuher III § 311 Nr. 5. Vgl. auch M. Cohn die s. g. actio de eo quod certo loco S. 172 fg. Seuff. Arch. I. 213, III. 325, XX. 226. Zu der citirten l. 54 pr. D. loc. vgl. noch l. 17 § 7 D. de usur. 22. 1, l. 21 § 1 D. ad mun. 50. 1, l. un. C. de his qui ex off. 11. 39 [38].

[27] D. h.: der Hauptschuld gegenüber eine besondere Obligation ausmachende.

[28] So namentlich nicht für versprochene Zinsen und Conventionalstrafen. L. 10 C. h. t., l. 9 [8] C. quod cum eo 4. 26; vgl. l. 68 pr. D. h. t. Girtanner S. 387 fg., Hasenbalg S. 249 fg.

[29] Vgl. Seuff. Arch. IV. 44, XIV. 30.

* Girtanner S. 113 fg. 200 fg. 423 fg. Hasenbalg S. 519 fg. 787 fg.

§ 478. [1] S. g. beneficium excussionis oder ordinis. Eingeführt durch Nov. 4 c. 1. Vorher konnte der Gläubiger nach seiner Wahl den Bürgen oder den Hauptschuldner in Anspruch nehmen, und nicht bloß bei der fideiussio, sondern auch bei dem constitutum und dem mandatum credendi. L. 3. 5. 19. 23 C. h. t.; l. 7 D. quod cum eo 14. 5, l. 56 pr. l. 60 pr. D. mand. 17. 1, l. 7 C. eod. 4. 35, l. 19 C. cit. Doch konnte das Gegentheil ausgemacht werden, l. 5. 19 C. h. t. Es konnte der Zweck auch dadurch erreicht werden, daß der Gläubiger sich vom Dritten versprechen ließ, „quanto minus a debitore consequi posset“. L. 42 pr. D. de R. C. 12. 1, l. 41 pr. D. h. t., l. 116 D. de V. O. 45. 1, l. 6

weg: 1) wenn der Hauptschuldner abwesend ist[2]. Vermag in diesem Fall der Bürge den Hauptschuldner nicht binnen einer vom Richter zu bestimmenden Frist zu stellen, so wird der Klage gegen den Bürgen freier Lauf gelassen[3]. Das bezeichnete Recht fällt ferner weg: 2) wenn die Ausklagung des Hauptschuldners aus einem anderen Grunde schwieriger ist, als die des Bürgen[4]; 3) wenn es feststeht, daß die Aus-

---

pr. D. de nov. 46. 2, l. 21 D. de sol. 46. 3. In diesem Sinne kann auch heute noch contrahirt werden; man gebraucht dafür den Ausruck fideiussio indemnitatis (Schadlosbürgschaft). Vgl. noch Salkowski zur Lehre von der Novation S. 238 fg., Hasenbalg S. 520 fg. 719 fg. — Es ist bezweifelt worden, ob die Bestimmung der Nov. 4 c. 1 auch für das constitutum gelte, weil die Vulgata die griechische Bezeichnung für den Constituenten: ὁ ἀντιφωνητής, ὁ ἀντιφωνήσας, ὁ τὴν ἀντιφώνησιν ὑπελθών durch die Ausdrücke: sponsor, qui sponsioni se subiecit wiedergibt. Aber auf wen sollen diese Ausdrücke gehen, wenn nicht auf den Constituenten? In anderen Stellen (Nov. 115 c. 6, Nov. 136 pr. c. 1) übersetzt die Vulgata auch wirklich ἀντιφώνησις, ἀντιφωνητής mit constituta pecunia, constitutae pecuniae reus. Ebenso sicher ist es freilich, daß die Novelle nur das Constitutum zum Zweck der Bürgschaft, nicht das Constitutum als solches im Sinne hat. Vgl. Zimmern in seinen und Neustetels römisch-rechtl. Untersuchungen S. 276 fg., Girtanner S. 429, Vangerow III § 579 Anm. Nr. 3, Hasenbalg S. 788 fg., auch unten Note 9. — Begründet die gesetzliche Vorschrift nur eine Einrede, oder erhebt sie die fruchtlose Ausklagung des Hauptschuldners zum Klagefundament? Gewiß das Erstere; anders nur bei der Schadlosbürgschaft (s. namentlich l. 116 D. de V. O. 45. 1). Girtanner S. 200 fg. 223 fg. 424 fg., Hasenbalg S. 533 fg., Dernburg II S. 208. Seuff. Arch. II. 182. — Die Rechtswohlthat gibt die Befugniß, die Zahlung abzulehnen, nicht aber die Befugniß, das Gezahlte zurückzufordern, selbst dann nicht, wenn irrthümlich gezahlt worden ist. Arg. l. 49 § 1 D. h. t., § 4 i. f. I. h. t. (§ 479 Note 2 a. E.). — Von einer Rechtswohlthat spricht man übrigens mit Grund nicht bloß den Bestimmungen des früheren römischen Rechts, sondern auch dem heutigen Bürgschaftswillen gegenüber. Dieser Wille läßt zwar darüber keinen Zweifel, daß der Bürge erst solle in Anspruch genommen werden können, wenn der Hauptschuldner seiner Verbindlichkeit nicht nachkomme: aber welche Schritte der Gläubiger thun müsse, um von dem Hauptschuldner Befriedigung zu erlangen, darüber gibt der Bürgschaftsvertrag als solcher keinen Aufschluß. — Kann der Gläubiger den Bürgen sofort mit dem Hauptschuldner (auf den Ausfall) belangen? Seuff. Arch. III. 264. — Verschiedenheit des örtlichen Rechts für Hauptschuld und Bürgschaftsschuld: Entscheid. des RG. VIII S. 143 (= Seuff. Arch. XXXIX. 1).

[2] D. h. wenn der Bürge seinen Gerichtsstand am Wohnort des Gläubigers, der Hauptschuldner auswärts hat. Vgl. Girtanner S. 439, Hasenbalg S. 583 fg., Dernburg II S. 208 Note 10. Wie wenn Beide ihren Gerichtsstand auswärts haben? Seuff. Arch. II. 46: es ist zuzusehen, ob nicht der Hauptschuldner „noch viel weiter entfernt und schwerer zu belangen ist" (der Bürge lebte in Hamburg, der Hauptschuldner in New-York). S. auch Seuff. Arch. V. 21, VI. 42, XIX. 150, XXV. 25 Nr. IV, XXXVII. 213 (RG. Entsch. VI S. 154).

[3] Nov. 4 c. 1 cit.

[4] Das Gesetz enthält diese Bestimmung nicht unmittelbar; aber es ist nicht zu gewagt, dieselbe durch Auslegung (s. g. analogische Ausdehnung, I § 22) in

klagung des Hauptschuldners fruchtlos sein wird[5]; 4) wenn eine Klage gegen den Hauptschuldner gar nicht begründet ist[6]; 5) wenn der Bürge auf die Rechtswohlthat verzichtet hat[7]; 6) wenn er die Bürgschaft

---

das Gesetz hineinzutragen. Daß dabei die Eigenschaft des Gesetzes als ius singulare kein Hinderniß ist, darüber s. I § 29 Note 3 (vgl. übrigens auch Brinz 1. Aufl. § 256 Note 3a). Wollte man bei der unmittelbaren Bestimmung des Gesetzes stehen bleiben, so müßte man den Gläubiger auch dann zur Ausklagung des Hauptschuldners nöthigen, wenn der Hauptschuldner z. B. in Australien wohnt, während der Bürge seinen Wohnsitz in einem wenige Meilen entfernten Orte hat (Note 2). Auch ist für die analogische Ausdehnung des Gesetzes von jeher die in Doctrin und Praxis vorherrschende Meinung gewesen. Girtanner S. 205 fg. 226 fg., Hasenbalg S. 593 fg. Girtanner (S. 444 fg.) nimmt dafür sogar ein Gewohnheitsrecht an; dazu stimmen aber nicht die Entscheidungen bei Seuff. Arch. X. 48, XII. 158. Der Hauptfall, um welchen es sich dabei immer gehandelt hat, ist der des Concurses des Hauptschuldners. Vgl. über diesen Fall speciell aus der neueren Zeit: für die Ausdehnung W. Sell Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III S. 243 fg. (welcher aber die gewiß richtige Beschränkung hinzufügt, daß darauf gesehen werden müsse, ob in dem gegebenen Fall der Concursweg auch wirklich schwieriger sei), Heimbach das. XIII S. 387 fg. (dieser mit einer Wendung, welche ich für unrichtig halte), Dernburg Pfandr. II S. 346—387, Holzschuher III § 311 Nr. 11. a, Hasenbalg S. 610 fg.; gegen die Ausdehnung: Chop Arch. für civ. Pr. XV S. 50 fg. Aus der Praxis: für die Ausdehnung: Seuff. Arch. IV. 42, VII. 314, XXII. 141, XXVI. 18, XXVII. 130 (Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock VII. 44), XXVIII. 204, XXXVII. 28 (RG., Entscheid. VI S. 154); dawider X. 48, XII. 158. Für die Ausdehnung noch, jedoch ohne specielle Beziehung auf den Concurs: Seuff. Arch. II. 46, XXIV. 221. — Girtanner S. 450 fg. fügt aber die gewiß richtige Beschränkung hinzu, daß die Ausklagung des Hauptschuldners aus Rechtsgründen schwieriger sein müsse, nicht aber weil derselbe z. B. streitsüchtig, chikanös, potentior sei. S. auch Hasenbalg S. 601 fg.

[5] Die Insolvenz des Hauptschuldners ist notorisch. — Diese, wie die folgende Ausnahme, sind ebenfalls im Gesetze nicht ausdrücklich enthalten; aber beide sind zweifellos. Vgl. Nov. 99 c. 1 und Girtanner S. 437—438, Hasenbalg S. 581—582, Dernburg Pfandrecht II S. 384. Seuff. Arch. XIV. 34, XXIV. 221.

[6] Der Hauptschuldner ist nur naturaliter verpflichtet. Der Hauptschuldner ist durch eine Einrede gedeckt, welche dem Bürgen nicht zu Gute kommt. Der Bürge hat sich für eine ungültige Verbindlichkeit in Kenntniß ihrer Ungültigkeit oder für den nun eingetretenen Fall der Aufhebung der Hauptschuld verbürgt. S. über diese Fälle § 477 Ziff. 1. Im Einzelnen ist aber zu bemerken, daß das beneficium excussionis nicht wegfällt, wenn der Hauptschuldner durch ein vom Gläubiger mit ihm geschlossenes pactum de non petendo in personam gedeckt ist (§ 477 Note 15); das Gegentheil annehmen, würde heißen, es von der Willkür des Gläubigers abhängig machen, ob der Bürge die ihm gesetzlich zustehende Rechtswohlthat genießen soll oder nicht. Girtanner S. 247, Hasenbalg S. 554; über l. 15 § 1 D. h. t. s. § 479 Note 7. Seuff. Arch. VI. 40. Anders natürlich, wenn der Bürge sich damit einverstanden erklärt hat, daß das pactum nur dem Hauptschuldner zu Gute kommen solle, wie in dem Falle bei Seuff. Arch. IV. 43 (pactum de non petendo in tempus).

[7] Genügt genereller Verzicht? Der Verzicht muß so speciell sein, daß daraus erkannt werden kann, es habe diese bestimmte Rechtswohlthat dem Bewußtsein

argliſtigerweiſe abgeleugnet hat[8]; 7) bei der Bürgſchaft für einen Zwangsvergleich[8a]; 8) in Handelsſachen[9].[9a]

Iſt der Grund, weßwegen der Gläubiger keine Befriedigung von dem Hauptſchuldner erlangen kann, Nachläſſigkeit des Gläubigers, ſo kann der Bürge gar nicht in Anſpruch genommen werden[10].

---

des Verzichtenden vorgeſchwebt. Vgl. l. 4 § 4 D. si quis caut. 2. 11, l. 1 D. si quis in ius voc. 2. 5. Girtanner S. 436, Haſenbalg S. 604, Holzſchuher § 311 Nr. 2. Vgl. Seuff. Arch. XI. 40. Ein Verzicht liegt auch in dem Verſprechen, an einem beſtimmten Tage Zahlung leiſten zu wollen. Seuff. Arch. XIV. 33. Liegt ein Verzicht auch in der Erklärung, als Selbſtſchuldner haften zu wollen? Die Frage wird bejaht von Girtanner S. 240 fg. 319 fg. und von den bei Holzſchuher § 311 Nr. 11. c Genannten; ferner bei Seuff. Arch. III. 167, IV. 226, V. 132, VII. 312, XIII. 223, XVII. 36, XXII. 141, XXXII. 42. 322. S. auch Haſenbalg S. 68 fg. Iſt aber die oben § 293 Note 8 vorgetragene Auffaſſung der Nov. 99 c. 1 richtig, ſo iſt auf Grund dieſer Novelle zu behaupten, daß der Bürge durch eine ſolche Erklärung zwar das Recht, Vorausklage, nicht aber das Recht, gleichzeitige Belangung des Hauptſchuldners zu begehren, verliere.

[8] Arg. l. 10 § 1 D. h. t. Für die Ausdehnung iſt von jeher die herrſchende Meinung geweſen. Girtanner S. 208. 229. 239 fg. 453. 454. Seuff. Arch. XXXII. 137, XXXV. 122. A. M. Haſenbalg S. 606.

[8a] KO. § 179.

[9] Näher: „wenn die Schuld aus einem Handelsgeſchäft auf Seiten des Hauptſchuldners hervorgeht, oder wenn die Bürgſchaft ſelbſt ein Handelsgeſchäft iſt". HGB. Art. 281 Abſatz 2. Ueber das Recht vor dem HGB. vgl. Girtanner S. 236 fg. 454 fg., Haſenbalg S. 608 fg.

[9a] Nach der Behauptung von Vangerow (III S. 160 [7. Aufl. S. 144]) ſoll die Rechtswohlthat auch beim constitutum wegfallen, wenn nicht „die Verbindlichkeit des Conſtituenten in keiner Beziehung von der des Hauptſchuldners ſich unterſcheidet, und das Conſtitutum alſo in der That nur den Zweck der Sicherſtellung des Gläubigers hat", ſ. auch Samhaber Correalobligat. S. 175, Haſenbalg S. 787 fg. Nach meiner Anſicht gilt die Rechtswohlthat beim constitutum nie, wenn daſſelbe in der Abſicht gemacht worden iſt, die Schuld des Andern einfach auf ſich zu nehmen (Seuff. Arch. IV. 45, XIV. 32); ſie gilt immer, wenn daſſelbe in Bürgſchaftsabſicht gemacht worden iſt. Dadurch, daß der Leiſtung, zu welcher ſich der Bürge verpflichtet, ein anderer Inhalt oder eine andere Modalität gegeben wird, als der Leiſtung, zu welcher der Hauptſchuldner verpflichtet iſt, kann möglicherweiſe der Bürgſchaftswille ausgeſchloſſen ſein; ſo weit dieß nicht der Fall iſt (§ 477 zu Note 23. 24), ſehe ich keinen Grund, dem Eintretenden die Rechtswohlthat der Vorausklage zu entziehen. Indem er für den Fall der Nichterfüllung der Hauptſchuld Mehr oder Anderes zu leiſten verſpricht, verſpricht er nicht weniger, für den Fall der Nichterfüllung der Hauptſchuld zu leiſten.

[10] Dieſer Satz galt im claſſiſchen Recht nicht für die gewöhnliche fideiussio (l. 62 D. h. t., vgl. übrigens auch l. 18 C. h. t.), wohl für die fideiussio eius quod a debitore servari non potest (l. 41 pr. D. h. t.). Seit Nov. 4 c. 1 muß er auch für die gewöhnliche Bürgſchaft gelten. Daß die Verpflichtung, zuerſt ſeine Befriedigung beim Hauptſchuldner zu ſuchen, durch das Geſetz und nicht durch die Beſtimmung des Bürgſchaftsvertrages auferlegt iſt, kann keinen Unterſchied machen. Girtanner S. 211 fg. 248 fg. 468 fg., Haſenbalg

c. Mehrheit der Bürgen*. Afterbürge.

§ 479.

Mehrere Bürgen, welche für dieselbe Schuld eingetreten sind, haften zwar an und für sich Jeder für das Ganze[1], genießen aber eine ähnliche Rechtswohlthat, wie der Bürge gegenüber dem Hauptschuldner. Jeder Bürge kann nämlich verlangen, daß, wenn sein Mitbürge zahlungsfähig ist[1a], der Gläubiger seine Forderung zwischen ihm und dem Mitbürgen theile[2]. Leugnet der Gläubiger die Zah-

---

S. 536—577. 629 fg. Vangerow III § 578 Anm. 4; vgl. auch Arndts § 357 Anm. 2, Dernburg II § 82 Note 7. A. M. Jäger Zeitschr. für Civ. u. Pr. V. 16, v. Bothmer Zeitschr. f. Civil- u. Criminalrechtspflege im Königr. Hannover I Heft 1 S. 15 fg. Girtanner S. 483 fg. und Hasenbalg S. 545 fg. glauben mit Unrecht, daß der hier gelehrte Satz sich unmittelbar aus den Worten der Novelle „si non valuerit creditor a debitore recipere aut in totum" rechtfertige; diese Worte wollen, wie der Zusammenhang lehrt, nur sagen: wenn der Gläubiger durch die angestellte Klage sich seine Befriedigung zu verschaffen nicht vermag. Auch mit dem beneficium cedendarum actionum (§ 481 Note 8) ist der aufgestellte Satz vielfach in Verbindung gebracht worden. Vgl. in dieser Beziehung noch Hasenbalg S. 404 fg. Seuff. Arch. VI. 41, VII. 34. 311. 312 Nr. 2. — Eine Nachlässigkeit des Gläubigers liegt an und für sich nicht schon in der Gewährung einer Zahlungsfrist, Vangerow S. 158 (142); Seuff. Arch. VII. 33. 177, XII. 240, XXVII. 230, XXXIX. 12 (RG.). A. M. Hasenbalg S. 555. Vgl. noch Seuff. Arch. VII. 312, XI. 243, XII. 159, XVI. 112, XXXII. 322, XXXVI. 40 (RG.), XL. 107. [Entscheid. des RG. XVIII S. 237 (= Seuff. Arch. XLII. 208).]

* Girtanner S. 90 fg. 457 fg. Hasenbalg S. 466 fg. 784 fg. Rückert principia iuris Romani de exceptione quam vocant divisionis (1852). Grotefend de exceptione divisionis (1852). Dedekind de exceptione divisionis disquisitiones (1853).

§ 479. [1] Gai. III. 121. 133, § 4 I. h. t.

[1a] Das Gleiche gilt natürlich in dem Fall, wo der Bürgen mehr als zwei sind.

[2] S. g. beneficium divisionis. Eingeführt durch ein Rescript von Hadrian. Gai. III. 121. 122, § 4 I. h. t. S. über dieses Rescript außer den im Folgenden genannten Stellen noch: l. 26 l. 27 l. 51 pr. D. l. 3 l. 10 § 1 C. h. t. Das Rescript nannte außer den fideiussores auch die mandatores (l. 3 C. de pec. const. 4. 18, vgl. l. 7 D. de fidei. et nom. 27. 7); daß es in gleicher Weise für das constitutum gelte, hat Justinian in der cit. l. 3 C. de pec. const. ausdrücklich anerkannt. — Die Behauptung, daß diese Rechtswohlthat nur solchen Bürgen zukomme, welche gemeinschaftlich für dieselbe Schuld eingetreten sind (Kritz Pandektenrecht I. 1 S. 122 fg. 178 fg., Seuffert Pand. § 385 Note 17, vgl. dens. in seinem Archiv VI S. 58 Anm. 2; Seuff. Arch. III. 263, XIII. 27, XIV. 234 — dawider VI. 43, XI. 40, XXV. 25 Nr. I), läßt sich nicht rechtfertigen, und wird sogar, wenigstens was den später eingetretenen Bürgen angeht, durch l. 48 § 1 D. h. t. direct widerlegt. Vgl. Note 7 a. E. und Dedekind § 39, Girtanner Arch. f. civ. Pr. XLIII S. 275 fg., Hasenbalg S. 477 fg. — Die Rechtswohlthat gibt das Recht, die Zahlung abzulehnen, nicht aber das Recht, das Gezahlte zurückzufordern, selbst wenn irrthümlich gezahlt worden ist. L. 49 § 1 D. h. t., § 4 I. h. t. Vgl. Erxleben condictiones sine causa I S. 109. 110.

lungsfähigkeit des Mitbürgen, so liegt nicht ihm der Beweis der Zahlungsunfähigkeit, sondern dem in Anspruch Genommenen der Beweis der Zahlungsfähigkeit ob[3]. Vorausklage kann der in Anspruch Genommene nur verlangen, wenn er gleichzeitig Sicherheit dafür anbietet, daß der Gläubiger bei Fruchtlosigkeit der Vorausklage Befriedigung für den betreffenden Theil bei ihm finden werde[4], und auch in diesem Falle nicht, wenn der Mitbürge abwesend oder seine Belangung aus anderen Gründen schwieriger ist[5]. Das Recht auf Theilung[5a] selbst wird durch die zuletzt bezeichneten Umstände nicht ausgeschlossen[6]. Auch durch Ungültigkeit der Mitbürgschaft wird das Recht auf Theilung nicht unbedingt ausgeschlossen; es besteht trotz dieser Ungültigkeit, wenn der Bürge guten Grund hatte, sich darauf zu verlassen, daß er nur zu seinem Theile haften werde[7]. Dagegen

[3] Er schützt sich mit einer Einrede (l. 28 D. h. t.), die er beweisen muß wie jede andere Einrede. S. auch l. 3 C. de prob. 4. 19. Vgl. Seuff. Arch. V. 297, XXV. 25 Nr. V. Das Gegentheil wird angenommen in dem Erk. bei Seuff. Arch. XIII. 95.

[4] L. 10 pr. D. h. t. Die Stelle verlangt speciell Anbieten von Bürgschaft. — Ich zweifele nicht daran, daß die Sicherheitsleistung im classischen römischen Recht hauptsächlich mit Rücksicht auf die Klagenconsumtion erfordert wurde (vgl. l. 22 § 2 D. mand. 17. 1, l. 7 D. de fidei. et nom. 27. 7); aber ich halte es für zu gewagt, zu behaupten, daß der Schutz des Gläubigers gegen die Klagenconsumtion ihr einziger Zweck gewesen sei. Jedenfalls haben die Compilatoren ihr, indem sie die l. 10 pr. cit. trotz l. 28 C. h. t. aufgenommen haben, eine von der Klagenconsumtion unabhängige Bedeutung gegeben.

[5] L. 10 pr. cit.: — „ita tamen, si . . . confideiussores, qui idonei esse dicuntur, praesto sint“. Die Ausdehnung auf andere Gründe größerer Schwierigkeit der Belangung rechtfertigt sich durch die Analogie der Nov. 4 c. 1 (§ 478 Note 4). — Daß das Recht auf Vorausklage ebenfalls bei notorischer Insolvenz des Mitbürgen wegfällt, versteht sich auch hier von selbst.

[5a] Mit anderen Worten: das Recht, durch Beweis der Zahlungsfähigkeit des Mitbürgen Abweisung des Gläubigers für den Theil des Mitbürgen zu erlangen.

[6] Es heißt in den Quellen immer nur, die Forderung müsse zwischen den Bürgen getheilt werden, die „solvendo“ oder „idonei“ seien. Dedekind § 45.

[7] Dazu wird erfordert: a) daß er nicht vor dem Mitbürgen, sondern zugleich mit demselben, oder nach demselben, eingetreten sei; b) daß er sich in Betreff der Ungültigkeit der Mitbürgschaft in einem entschuldbaren Irrthum befunden habe. L. 48 D. h. t. Wenn in dieser Stelle auch demjenigen das Recht auf Theilung nicht versagt wird, welcher sich neben einem Minderjährigen verbürgt hat, „propter incertum aetatis ac restitutionis“, so ist das so zu verstehen: 1) weil er sich über das Alter des Mitbürgen täuschen konnte; 2) weil er hoffen durfte, der Minderjährige werde Restitution nicht erbitten oder sie werde ihm nicht ertheilt werden. Freilich wird diese Stelle sehr verschieden erklärt. Vgl. Girtanner S. 462 fg., dens. Arch. f. civ. Pr. XLIII S. 286 fg., Dedekind p. 123 sqq., Hasenbalg S. 507 fg., und die von diesen Schriftstellern Citirten, Dernburg II § 81 Note 6. [Goldschmidt Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 354 fg. 370 fg. G. bemerkt mit Recht, daß dem Bürgen, auch wenn er vor

wird das Recht auf Theilung, wie das Recht auf Vorausklage, verloren durch Verzicht[7a] und durch arglistige Ableugnung der Bürgschaft[8]; außerdem fällt es weg bei Bürgen, welche ein Vormund seinem Mündel gibt[9]. — Ist die Forderung einmal getheilt worden, so schadet die nun eintretende Zahlungsunfähigkeit des Mitbürgen demjenigen, welchem gegenüber getheilt worden ist, nicht mehr[10]. Auch

---

dem Mitbürgen eingetreten sei, das Recht auf Theilung dann gewährt werden müsse, wenn ihm der Gläubiger das Eintreten des Mitbürgen zugesichert habe.] — Für die nachträgliche Ungültigkeit gilt natürlich das Gleiche, wie für die ursprüngliche. Aber ebenso sehr versteht es sich von selbst, daß der Gläubiger durch Befreiung des einen Bürgen dem andern das benef. divisionis nicht nehmen kann. In l. 15 § 1 D. h. t. ist entweder mit Girtanner Arch. für civ. Pr. XLIII S. 281 fg. das „nulla exceptione" bloß auf die exceptio pacti zu beziehen, oder mit Dedekind p. 123 sqq. statt „quindecim" zu lesen „decem". A. M. Hasenbalg S. 488, vgl. auch Dernburg II § 81 Note 7. 8. [Goldschmidt Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 366 fg.] — Aus l. 48 cit. darf man nicht ein Argument für die Behauptung herleiten wollen, daß bei Ungleichzeitigkeit des Eintretens der mehreren Bürgen der vorher Eingetretene das Recht auf Theilung überhaupt nicht (auch nicht bei Gültigkeit der Mitbürgschaft) habe (vgl. Note 2), indem man etwa so schlösse: auf die ungültige Mitbürgschaft kann man den Gläubiger nur dann verweisen, wenn man sich auf die Theilhaftung verlassen hat; also ist das Sichverlassen auf die Theilhaftung der Grund des Rechts auf Theilung. Der wahre Gedankenzusammenhang ist vielmehr dieser: 1) der Mitbürge hat das Recht auf Theilung als Mitbürge; 2) er hat es nur dann, wenn der Mitbürge auch wirklich haftet; 3) er müßte sich denn auf bloße Theilhaftung mit Grund verlassen.

[7a] Seuff. Arch. XI. 40. — Liegt ein solcher Verzicht in dem Sichverpflichten „als Selbstschuldner"? Im Zweifel gewiß, und auch Nov. 99 c. 1 (§ 478 Note 7) steht hier nicht entgegen. Hasenbalg S. 67. 514. Anders Seuff. Arch. XIII. 134, XXV. 25 Nr. III.

[8] L. 10 § 1 D. h. t. Der Bestimmung wird die heutige Geltung abgesprochen in dem Erk. bei Seuff. Arch. XVII. 37; dawider XXXV. 122. Vgl. § 263 Note 15.

[9] L. 12 D. rem pup. 46. 6, und vgl. § 444 Note 2.

[10] L. 51 § 4 l. 52 § 1 D. l. 16 C. h. t. In diesen Stellen wird gesagt, daß nach der Litiscontestation mit einem Bürgen (auf seinen Theil) die nun eintretende Insolvenz der Mitbürgen ihm nicht mehr schade. In diesen Stellen wird aber von der Annahme ausgegangen, daß der Proceß zugleich gegen sämmtliche Bürgen, gegen jeden auf seinen Theil, angestellt worden sei, und man könnte daher der Ansicht sein, der Grund der definitiven Befreiung eines jeden der Belangten werde lediglich darin gefunden, daß durch die Belangung auch der Uebrigen die gesammte actio consumirt sei. Es ist auch keinem Zweifel unterworfen, daß die genannten Stellen in ihrem ursprünglichen Sinne in dieser Weise ausgelegt werden können. Aber einerseits halte ich es für viel zu gewagt, zu behaupten, daß sie in dieser Weise ausgelegt werden müssen — sie können auch sehr wohl den Gedanken ausdrücken wollen, daß zwischen den zur Zeit der Litiscontestation Solventen eine definitive Theilung eintrete kraft des Gesetzes —: und andererseits ist es im Zusammenhange der Compilation wegen l. 28 C. h. t. geradezu unzulässig, jene Stellen aus der Klagenconsumtion, und daher nothwendig, sie in der so eben bezeichneten Weise zu erklären. Wie aber ist es

die vor der Theilung eintretende Zahlungsunfähigkeit schadet dann nicht, wenn der Gläubiger in der Beitreibung seiner Forderung nachlässig gewesen ist[11]. —

Für den Bürgen kann wieder ein Bürge angenommen werden (Afterbürge, Nachbürge). Für denselben ist der erste Bürge Hauptschuldner. Besondere Grundsätze gelten für diesen Fall der Bürgschaft nicht[12].

d. Beendigung der Verpflichtung des Bürgen.

§ 480.

Die der Bürgschaftsverpflichtung eigenthümlichen Beendigungsgründe sind:

1. Wegfall der Hauptschuld. Hiervon ist bereits gehandelt worden (§ 477 Ziff. 1. b).

2. Zusammenkommen der Hauptschuld und der Bürgschaftsverpflichtung in derselben Person[1]. Doch besteht in diesem Falle die

wenn ein Mitbürge auf seinen Theil nicht belangt, sondern dieser Theil außergerichtlich von ihm beigetrieben, oder wenn sein Theil auf sein Erbieten vom Gläubiger angenommen wird? L. 16 D. iud. solvi 46. 7 setzt offenbar voraus, daß in diesem Falle Alles so gehalten werden solle, als wenn es zur Litiscontestation gekommen wäre. Auf der anderen Seite sagt zwar l. 51 § 1 D. h. t., daß „fideiussor, qui partem pecuniae suo nomine vel rei promittendi solvit", auch den Rest noch zahlen müsse, wenn der Mitbürge hinterher insolvent werde; aber diese Stelle kann sehr wohl von dem Falle verstanden werden, wo ein Bürge einen Theil der Schuld schlechthin, nicht aber seinen Theil, gezahlt hat, und die Worte „vel rei promittendi" scheinen diese Auslegung sogar nothwendig zu machen. A. M. Hasenbalg S. 494. [Vgl. Goldschmidt Jahrb. für Dogm. XXVI S. 365. 398.] — Die einem Mitbürgen gegenüber erfolgte Theilung wirkt nur diesem, nicht den anderen Mitbürgen gegenüber. Wenn z. B. für eine Schuld von 300 drei Bürgen eingetreten sind, und von Einem werden seine 100 eingefordert, so bleiben die anderen Zwei in der Weise verhaftet, daß bei Insolvenz des Einen der Andere die ganzen 200 zahlen muß. Vgl. über die in dieser Note behandelten Fragen: Zimmern in seinen und Neustetel's römischrechtl. Untersuchungen I S. 269 fg., v. Wening-Ingenheim Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IV S. 382 fg., Girtanner S. 457 fg., Dedekind p. 94 sqq., Hasenbalg S. 495 fg., und die von diesen Schriftstellern Citirten.

[11] Dieß muß nach Analogie des für das Verhältniß des Bürgen zum Hauptschuldner Geltenden (§ 478 Note 10) behauptet werden. — Nach der Praxis des früheren gemeinen Rechts konnte der Bürge auch darauf klagen, daß der Gläubiger mit seiner Forderung sofort gegen ihn auftrete, bei Strafe, sich auf die später eintretende Insolvenz des Mitbürgen nicht mehr berufen zu dürfen, s. g. provocatio ex l. Si contendat. Bayer summ. Proc. § 58, Wetzell Civilproc. S. 97 fg. (3. Aufl. S. 111 fg.), Hasenbalg S. 627 fg. Einführungs-Gesetz zur CPO. § 14.

[12] L. 8 § 12 l. 27 § 4 D. h. t., l. 38 § 5 D. de sol. 46. 3. [Goldschmidt Jahrb. für Dogm. XXVI S. 345 fg.] Seuff. Arch. III. 217, XIII. 223, XXVI. 241.

[1] L. 5 l. 14 D. h. t., l. 13 D. de duob. reis 45. 2. Hasenbalg S. 661 fg., § 480.

Bürgschaftsverpflichtung fort, wenn sie wirksamer ist, als die Hauptschuld[2].

3. Wenn der Hauptschuldner die Befriedigung des Gläubigers ungebührlich verzögert, oder sein Vermögen verschwendet, so kann der Bürge verlangen, daß der Hauptschuldner ihm Befreiung verschaffe[3].

3. Rückgriff des Bürgen.

§ 481.

1. Ob der Bürge, welcher geleistet hat, auf den Hauptschuldner zurückgreifen kann, hängt von dem zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehenden Rechtsverhältniß ab. Er kann es nicht, wenn er die Bürgschaft für eine Schuld übernommen hat, welche eigentlich ihn angeht[1], oder zwar für eine auch materiell fremde Schuld, aber ohne die Absicht den Hauptschuldner zu verpflichten[2]. Sonst kann er zurückfordern nach den Regeln entweder des Auftrags oder der Handlung in fremdem Interesse[3]. Auch wenn er geleistet hat, wozu er nicht verpflichtet war, kann er das Geleistete dann zurückfordern, wenn ihn keine Schuld trifft[4]; und er kann zurückfordern, ohne überhaupt geleistet zu haben, wenn der Gläubiger ihm die Schuld in der

---

vgl. auch die § 352 * citirte Dissertation von Friedemann S. 71 fg. — Gilt dieser Satz auch für das constitutum? Für das constitutum als solches gewiß nicht (vgl. Hasenbalg S. 809 fg.), da dasselbe ja hauptsächlich auf eigene Schulden berechnet ist; für das constitutum zum Zweck der Bürgschaft aber allerdings, nach demselben Grundsatz, nach welchem jener Satz für den fideiussor im Gegensatz zum gewöhnlichen Correalschuldner gilt.

[2] L. 21 § 2 D. h. t., l. 95 § 3 D. de sol. 46. 3, l. 3 pr. D. de separ. 42. 6. Daß aber für die Bürgschaftsverpflichtung wieder eine Bürgschaft bestellt ist, erhält sie nicht aufrecht, l. 38 § 5 D. de sol. 46. 3. A. M. Girtanner S. 492; übereinstimmend Hasenbalg S. 680.

[3] L. 38 § 1 D. mand. 17. 1, l. 10 C. eod. 4. 35. Vgl. Girtanner S. 529 fg. Auf den Fall der Auftragsbürgschaft will dieß beschränken Hasenbalg S. 695 fg. 711 fg. 813. 815. Vgl. Seuff. Arch. XXXI. 133. 134. — Vgl. noch Seuff. Arch. XXXII. 321.

§ 481. [1] Vgl. l. 24 D. de pact. 2. 14, l. 8 § 1 D. qui satisd. 2. 8.

[2] Z. B. er will dem Hauptschuldner eine eventuelle Schenkung machen, l. 6 § 2 D. mand. 17. 1, l. 9 § 3 D. de SC. Mac. 14. 6. Oder er verbürgt sich im Hinblick auf einen Dritten, mit oder ohne Absicht, denselben zu verpflichten, oder lediglich in Erfüllung einer ihm auferlegten Verbindlichkeit. L. 53 l. 60 § 1 D. mand. 17. 1, l. 8 D. de usufr. ear. rer. 7. 5. Vgl. Seuff. Arch. XXXIV. 210, XXXVI. 126 (RG. Entscheid. I S. 344).

[3] Actio mandati oder actio negotiorum gestorum contraria. L. 6 § 2 l. 18 l. 20 § 1 l. 21 l. 22 pr. § 1 l. 40 l. 60 § 1 D. mand. 17. 1, § 6 I. h. t. [Condictio, l. 52 D. mand. 17. 1, vgl. l. 53 eod.]

[4] L. 10 § 12 l. 29 D. mand. 17. 1, l. 10 C. eod. 4. 35, l. 67 D. h. t.

Absicht erlassen hat, dadurch ihn zu bereichern[5]. — Dem Bürgen kann zur Sicherheit seines Rückforderungsrechts von dem Hauptschuldner seinerseits ein Bürge gegeben werden (Rückbürge). Besondere Grundsätze gelten für diesen Fall der Bürgschaft nicht[6].

2. So weit der Bürge einen Rückgriff gegen den Hauptschuldner hat[7], kann er von dem Gläubiger verlangen, daß dieser ihm seine Forderung gegen den Hauptschuldner abtrete[8].

3. Mitbürgen, welche mehr als ihren Theil geleistet haben, haben einen directen Rückgriff gegen die anderen Mitbürgen nicht[9], wohl aber das Recht auf Forderungsabtretung gegen den Gläubiger, welchen sie befriedigen[10].

---

[5] Z. B. um ihm zu schenken, oder auch aus irgend einem andern Grund. Vgl. l. 10 § 13 l. 12 pr. § 1. 2 D. mand. 17. 1, und dazu § 368 Note 11 a. E. Zu l. 11 eod. vgl. § 352 Note 4. — Auch schon auf Grund der Verurtheilung hat der Bürge einen Anspruch gegen den Hauptschuldner, natürlich nur auf Liberation. L. 38 § 1 D. mand. 17. 1.

[6] L. 4 pr. D. h. t. Budde und Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI. 52.

[7] Diese Beschränkung wird gewöhnlich nicht hinzugefügt, und ist auch in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt; aber ich halte sie für unzweifelhaft. Hat der Bürge einen Rückgriff gegen den Hauptschuldner deßwegen nicht, weil er demselben das von ihm Gezahlte doch hätte ersetzen müssen, oder weil er auf den Rückgriff verzichtet hat (Note 1. 2), so würde ihm auch die vom Gläubiger freiwillig abgetretene Forderung nichts helfen; um so weniger darf er ihre Abtretung verlangen. Hat der Bürge sich gegen das Verbot des Hauptschuldners verbürgt, so darf er sich einen Regreßanspruch, den dieser ausdrücklich abgelehnt hat, auch auf einem Umwege nicht verschaffen. Hasenbalg S. 421; a. M. Brinz 2. Aufl. § 256 Note 23. Arndts § 356 Anm. 3 gibt dem Bürgen, welcher keinen Rückgriff hat, zwar einen Anspruch auf Abtretung der Forderung, aber gegen diese dem Schuldner doli exceptio. So auch Dernburg II § 80 Note 8.

[8] S. g. beneficium cedendarum actionum. L. 36 D. h. t., l. 2. 21 C. h. t., l. 95 § 11 D. de sol. 46. 3, Nov. 4 c. 1; vgl. l. 27 § 5 l. 28 D. mand. 17. 1, l. 13 D. h. t., l. 95 § 10 D. de sol. 46. 3; Girtanner S. 211 fg. 248 fg. 468 fg. 533 fg., Hasenbalg S. 401 fg. 651 fg. 784 fg. [W. Vischer der Rückgriff des Bürgen nach Schweiz. Obligationenrecht, Zeitschr. für Schweiz. Recht XXIX S. 1 fg.] Im Besonderen zu l. 36 cit. vgl. Girtanner S. 535 fg., Hasenbalg S. 414 fg., Hartmann die Obligation S. 47 fg. Rechte an eigener Sache S. 47 fg., Scheurl krit. VJSchr. XVIII S. 503 fg., Mitteis die Individualisirung der Obligation S. 10 fg. Vgl. Knorr Arch. f. civ. Pr. XXVIII S. 170 fg. und Holzschuher III § 311 Nr. 16. Fr. Keil zur Lehre vom beneficium ced. act. Halle'sche Inaug.-Dissertation 1880. Seuff. Arch. VII. 313, XII. 117, XVII. 40, XXII. 142, XXXI. 33, XXXII. 138, XXXVI. 197 (RG. Entsch. III S. 183), [XLII. 207 (RG. Entsch. XVIII S. 240)].

[9] L. 39 D. l. 11 C. h. t., § 4 I. h. t. A. M. Girtanner S. 538 Note 9. — Seuff. Arch. XVII. 39, XX. 132, XXII. 237, XXVIII. 225. Bl. f. Rechtsanwendung zunächst in Bayern XXXIII S. 150 fg. 391 fg.

[10] L. 17 l. 36 l. 41 § 1 D. h. t., l. 11 C. h. t., l. 12 D. rem pup. 46. 6.

B. S. g. actiones adjecticiae qualitatis*.

1. Actio quod iussu[1], actio institoria[2], actio exercitoria[2].

§ 482.

Mit dem Namen actiones adiecticiae qualitatis[3] werden hergebrachtermaßen eine Reihe von Fällen bezeichnet, in welchen Jemand aus den Verpflichtungen eines Andern als Selbstschuldner nach gesetzlicher Regel haftet. Das Gesetz gibt dem Gläubiger zu demjenigen, welcher zunächst sein Schuldner wird, einen zweiten Schuldner; das Verhältniß zwischen diesen beiden Schuldnern ist näher zu denken als Correalverhältniß[4].

Auf die ersten der hierher gehörigen Fälle gehen die in der Ueberschrift des § genannten Klagnamen. Diese Klagnamen bezeichnen folgenden Satz: als Selbstschuldner haftet neben dem ein Rechtsgeschäft Abschließenden derjenige, welcher die Erklärung abgegeben hat, daß das Rechtsgeschäft rechtlich als mit ihm abgeschlossen gelten solle[5].

Dedekind (§ 479) p. 129—133, Hasenbalg S. 428 fg., [Goldschmidt Jahrb. für Dogm. XXVI S. 374 fg.]. A. M. Savigny Obl. I S. 273 fg. Seuff. Arch. XVII. 144, XX. 36, XXXII. 235, XL. 19.

* Inst. 4. 7 Dig. 14. 5 Cod. 4. 26 quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur. — Ruhstrat Arch. für die Praxis des im G.H. Oldenburg geltenden R. I S. 16 fg. Buchka Lehre von der Stellvertretung S. 22—61. Brinz krit. Blätter II S. 10—20. Savigny Obl. II S. 24 fg. 51 fg. Mandry das gemeine Familiengüterrecht II S. 209—611. Baron die adjecticischen Klagen (Abhandlungen aus dem röm. Civilprozeß II) 1882. Unterholzner I S. 414—438, Sintenis II S. 378—383, Brinz 2. Aufl. II § 258. 259, Dernburg II S. 34—40. (Die beiden zuerst genannten Darstellungen schließen die actio de peculio aus. Die Schrift von Baron ist überwiegend rechtshistorischen Inhalts. Vgl. auch Lenel Ed. perpetuum S. 203—228.) [F. Frese die gemeinrechtliche Lehre von der beauftragten Vermögensverwaltung und Willensvertretung (1889) S. 131 fg. (actio quod iussu, institoria, exercitoria).]

§ 482. [1] Dig. 15. 4 quod iussu. — Thibaut Arch. für civ. Pr. XII S. 174 fg. (1829). Müller civilist. Abhandlungen Nr. 4 (1833). Schmid Arch. f. civ. Pr. XXIX S. 111 fg. (1846). Chambon Beiträge zum Obligationenrecht S. 179—268 (1851). Mandry a. a. O. S. 543—611 (1877). Drechsler die actio quod jussu (Habilitationsschrift, 1877). Vangerow I § 240 Anm.

[2] Dig. 14. 1 de exercitoria actione; 14. 3 de institoria actione. Cod. 4. 25 de institoria et exercitoria actione. — C. A. Weiske skeptisch-praktische Behandlung einiger civilrechtl. Gegenstände Nr. 2 (1829). Kritz Pandektenrecht I. 1 S. 288—347 (1835). Thöl Handelsr. I § 20—23c. 6. Aufl. § 55. 73—76.

[3] Derselbe beruht auf l. 5 § 1 D. exerc. act. 14. 1: — „hoc . . edicto non transfertur actio sed adicitur". Vgl. l. 1 § 17. 24 D. eod., l. 17 § 1 D. de inst. act. 14. 3.

[4] S. § 297 Note 6, und vgl. über die verschiedenen Auffassungen Mandry S. 288 fg. und Citate das., Baron S. 142 fg., Brinz Pand. S. 203 fg.

[5] L. 1 pr. D. quod iussu 15. 4. „Merito ex iussu domini in solidum

Diese Erklärung kann direct gegenüber dem andern Contrahenten abgegeben werden[6], sie liegt aber auch schon darin, daß Jemand zur Besorgung eines gewissen Geschäftskreises angestellt wird[7], ja sie liegt

adversus eum iudicium datur; nam quodammodo cum eo contrahitur qui iubet". L. 5 § 3 D. de trib. act. 14. 4.

[6] Auf diesen Fall geht die actio quod iussu. Das Wort iussus hat hier den technischen Sinn, welcher in § 412 Note 8a bezeichnet worden ist; es bedeutet nicht Befehl, sondern Verweisung, Anweisung. Indem man diese technische Bedeutung von iussus verkannte und zu gleicher Zeit in's Auge faßte, daß die actio quod iussu auf den Fall berechnet ist, wo Jemand durch gewaltunterworfene Personen verpflichtet werden will (Note 10), hat man die Behauptung aufgestellt, daß der iussus an den Gewaltunterworfenen gerichtet werden müsse, oder doch, daß dieß der Normalfall der actio quod iussu sei. Vgl. den Bericht bei Vangerow a. a. O. Nr. 1. Die Quellen sprechen fast allein von einem iussus an den Dritten (s. namentlich l. 1 § 8. 9 l. 2 pr. § 1. 2 l. 3 l. 4 l. 5 § 1 D. h. t. 15. 4, § 1. 5 I. quod cum eo 4. 7, l. 13 C. eod. 4. 26), und die einzige Stelle (zu l. 1 § 2 D. h. t. 15. 4 vgl. l. 12 D. de SC. Mac. 14. 6), in welcher der iussus unzweifelhaft auf den Gewaltunterworfenen bezogen wird, l. 2 D. quod cum eo 14. 5, hat nicht die Absicht, die Voraussetzungen gerade der actio quod iussu anzugeben. Ein Geheiß an den Gewaltunterworfenen kann die actio quod iussu nur insofern begründen, als in diesem iussus indirect ein iussus auch an den Dritten liegt (vgl. Note 7), und in diesem Sinne wird aus einem solchen Geheiß — jedoch ohne daß es als iussus bezeichnet wird — die actio quod iussu allerdings gegeben in l. 5 § 2 D. in rem verso 15. 3, l. 10 § 2 D. de fidei. 46. 1, vgl. l. 1 § 8. 9 D. h. t. 15. 4; s. andererseits aber auch l. 6 C. de inst. et exerc. act. 4. 25 (Note 8). — Der iussus enthält eine Verpflichtungserklärung. Dieß leugnet Mandry a. a. O., indem er behauptet, das Wesen des iussus bestehe in der Zustimmung zu dem von dem Anderen abgeschlossenen Rechtsgeschäft. Der eigentliche Grund der actio quod iussu (wie aller actiones adiecticiae qualitatis gegen den Gewalthaber) sei „die Concentration alles Erwerbes des Gewaltunterworfenen im Vermögen des Hausherrn", welche es billig erscheinen lasse, daß der Hausherr auch die von dem Gewaltunterworfenen begründeten Verpflichtungen trage, und die Bedeutung des iussus sei nur die, daß durch denselben das Hinderniß hinweggeräumt werden solle, welches darin liege, daß Niemand sich ohne seinen Willen eine Einwirkung auf sein Vermögen gefallen zu lassen brauche. Ich muß gestehen, daß es mir schwer wird, mir den Unterschied des so gefaßten iussus von einer Verpflichtungserklärung zu denken. Soll die Einwirkung auf mein Vermögen erst durch meinen Willen möglich werden, so muß doch mein Wille auf diese Einwirkung gerichtet sein. In der That fügt denn auch Mandry hinzu, daß der Grund, weßwegen die Zustimmung des iubens verlangt werde, „die Nothwendigkeit einer ermächtigenden Erklärung" sei, und er bestimmt geradezu das Wesen des iussus als Ermächtigung. Ermächtigung wozu? — wenn nicht zur Belastung des iubens mit einer Verpflichtung. So liegt das Eigenthümliche der Auffassung Mandry's nur darin, daß er den Verpflichtungswillen des iubens erst in die zweite Linie, und in die erste Linie den Erwerb des Gewaltunterworfenen für den Gewalthaber stellt. Erwägt man nun, daß dieses letztere Moment bei der actio institoria und exercitoria wegfällt, so wird die Richtigkeit der Auffassung Mandry's doch recht zweifelhaft. Gegen Mandry auch Drechsler S. 106 fg. — Noch andere Auffassungen der Bedeutung des iussus bei Brinz Pand. S. 204 fg., Baron die Condictionen (Abhandlungen aus dem röm. Civilproz. I) S. 247 fg.

in jedem Auftrag zum Abschluß eines Rechtsgeschäftes, welcher Jemandem ertheilt wird[8]. Nur ist in diesen letzteren Fällen erforderlich, daß das Rechtsgeschäft mit Bezugnahme auf Anstellung bez. Auftrag abgeschlossen worden sei, näher, daß der dritte Vertragschließende nicht bloß die Anstellung bez. den Auftrag gekannt habe, sondern daß auch sein Wille, eben wegen der Anstellung bez. des Auftrags den

[7] Hierauf beruhen die actio institoria und die actio exercitoria (vgl. § 304 Note 10). Die actio institoria ist begründet gegen denjenigen, welcher einen institor, d. h. einen Gewerbeführer, Gewerbeverwalter angestellt hat (§ 2 I. h. t. 4. 7, l. 3 — l. 5 § 8 l. 18 D. h. t., Thöl § 21. 22 [55]). Die actio exercitoria ist eine Anwendung der actio institoria für einen besonderen Fall (l. 1 pr. D. h. t. 14. 1, l. 4 C. h. t. 4. 25, l. 7 § 1 l. 13 § 2 D. de inst. act. 14. 3); sie ist begründet gegen den Schiffsrheder (exercitor), welcher einen Schiffsführer (magister navis) angestellt hat (§ 2 I. h. t. 4. 7, l. 1 pr. — § 5. 15. 16 D. h. t. 14. 1). Vgl. § 8 I. h. t. 4. 7: „Ei quoque, qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet; quia huius quoque iussu contractnm intellegitur". L. 1 § 2 D. de exerc. act. 14. 1: — „siquidem, qui magistrum praeponit, contrahi cum eo permittit". L. 29 D. de R. C. 12. 1. Ueber die in dieser Stelle, wie in § 8 I. h. t. (vgl. l. 84 D. pro socio 17. 2), erwähnte condictio vgl. Pernice Labeo I S. 511 fg., Bekker Aktionen II S. 123 fg., Mandry S. 326 fg., Brinz Pand. S. 213 Note 47, Baron (Note 6 a. E.) S. 241 fg. — Bedeutung einer dem institor ertheilten nicht bekannt gemachten Instruction: Seuff. Arch. XXIII. 227.

[8] Die Quellen sagen, in diesem Falle sei eine actio ad exemplum institoriae actionis, eine utilis institoria, quasi institoria actio begründet. L. 30 [31] pr. D. de neg. gest. 3. 5, l. 19 pr. D. h. t. 14. 3, l. 10 § 5 D. mand. 17. 1, l. 13 § 25 D. de A. E. V. 19. 1, l. 5. 6 C. h. t. 4. 25. In der citirten l. 30 [31] pr. de neg. gest. wird die „ad exemplum institoriae actionis" gegebene actio als actio negotiorum gestorum bezeichnet. Das ist eine Frage der Formelconception; auch die Formel der actio negotiorum gestorum befähigte den iudex, die Verpflichtung des Auftraggebers ꝛc. zur Geltung zu bringen. Anders Ruhstrat Magazin für das deutsche R. der Gegenwart III S. 1 fg. und IV S. 161 fg. (der erste Aufsatz auch besonders erschienen u. d. T.: die actio neg. gest. des dritten Kontrahenten, Hannover 1883). Ruhstrat sieht in der actio neg. gest. der l. 30 [31] cit. eine eigentliche, aus einem Verzicht des Contrahenten auf sein Forderungsrecht gegen den Geschäftsführer, durch welchen Verzicht auch der Geschäftsherr von dem Forderungsrecht des Geschäftsführers befreit werde, entstandene actio neg. gest. und auf einen gleichen Verzicht führt Ruhstrat die actio neg. gest. der l. 6 § 1 [§ 5 § 3] de neg. gest. und die Entscheidung der l. 5 § 1 i. f. D. quando ex facto tut. 26. 9 zurück. Ich halte diese von Ruhstrat neu entdeckte actio neg. gest. für möglich (vgl. auch Seuff. Arch. XXXIX. 299), glaube aber nicht, daß sie in einer der genannten Stellen enthalten ist. Jedenfalls ist für dieselbe erforderlich, daß der Verzicht des Contrahenten auf sein Forderungsrecht gegen den Geschäftsführer im Interesse des Geschäftsherrn ꝛc. gelegen habe, was Ruhstrat IV S. 162 selbst hervorhebt, aber nicht genügend verwerthet. Vgl. auch Kohler Jahrb. f. Dogm. XXV S. 127. [Ruhstrat hat seitdem seine actio negotiorum gestorum ad exemplum actionis institoriae wiederholt verfochten, Jahrb. für Dogm. XXVI S. 462 fg. XXVII S. 129 fg., Zeitschr. der Sav.-Stift. X S. 323 fg., Zeitschr. für HR. XXXVII S. 43 fg. — Schloßmann Jahrb. für Dogm. XXVIII S. 287 fg.: die actio

Vertrag abzuschließen, erkennbar hervorgetreten sei[9]. Der im Voraus abgegebenen Erklärung steht hinterherige Genehmigung gleich[9a]. Ob derjenige, welcher das Rechtsgeschäft abschließen soll, in der Gewalt des Erklärenden steht oder unabhängig von ihm ist, ist gleichgültig[10]. Ebenso ist gleichgültig, ob das Rechtsgeschäft die Angelegenheiten des Abschließenden oder die des Erklärenden betrifft[11]. Nur muß, wenn es die Angelegenheiten des Abschließenden betrifft, die Erklärung in

---

neg. gest. der l. 30 [31] cit. sei die actio des Bürgen; daß die Stelle die gleiche Klage auch dem Darlehnsgeber gewähre, beruhe auf Interpolation oder Textverderbniß.]

[9] L. 1 § 9 D. de exerc. act. 14. 1. Thöl § 29. 6. Aufl. § 74. A. M. (für beide genannte Punkte) Mandry krit. VJSchr. XIV S. 395 fg. und a. a. O. S. 601 fg., Hellmann Stellvertret. S. 80 fg. Für die hier vertheidigte Ansicht Zimmermann stellvertretende Negotiorum Gestio S. 105 fg., Mitteis Stellvertretung S. 25 fg. (mit Berufung namentlich auf l. 5 § 17 D. de inst. act.); vermittelnd Brinz Pand. S. 225. 236. Noch weiter geht Ruhstrat a. a. O. III S. 36 fg. Er hält die actio inst. nur dann für begründet, „wenn die eigentliche Stellvertretung beabsichtigt wurde, so weit sie möglich war"; im Fall des Vertragschlusses bloß contemplatione domini sei nur die in Note 8 bezeichnete actio neg. gest. möglich. — Gegen die von Savigny Obl. II S. 61—69 aufgestellte Ansicht, daß der Geschäftsherr aus den Rechtsgeschäften seines Geschäftsführers unter allen Umständen hafte, s. namentlich Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 312 fg. 335 fg. Seuff. Arch. XVIII. 241, [XLII. 13].

[9a] L. 1 § 6 vgl. § 4 D. h. t. 15. 4.

[10] Die actio quod iussu setzt allerdings Gewaltunterworfenheit des Abschließenden voraus, während die actio institoria und die actio exercitoria auch aus Geschäften unabhängiger Personen gegeben werden (§ 2 I. h. t. 4. 7). Die actio quasi institoria (Note 8) aber deckt alle Fälle der actio quod iussu. (A. M. in dieser letzteren Beziehung Mandry S. 583 fg.)

[11] Dieß ist bestritten. Nach der Meinung Anderer soll die actio quod iussu (bei der actio institoria und der actio exercitoria ist es von selbst klar, daß es sich um Angelegenheiten des Erklärenden handelt) nur dann begründet sein, wenn das Rechtsgeschäft die Angelegenheiten des Contrahirenden, oder umgekehrt nur dann, wenn es die Angelegenheiten des Erklärenden betrifft; s. den Bericht bei Vangerow a. a. O. Nr. 2, Mandry S. 552, Drechsler S. 68 fg. Aber die erste Meinung beruht auf einer offensichtlich falschen Erklärung der l. 5 pr. D. h. t. 15. 4 und l. 4 C. quod cum eo 4. 26, und steht in Widerspruch mit l. 5 § 2 D. in rem verso 15. 3. Wenn die zweite Meinung richtig wäre, so müßte die actio quod iussu auch bei Rechtsgeschäften in Betreff des peculium concessum unzulässig sein — denn auch diese sind für den Herrn und Vater negotia aliena, da er aus ihnen nur bis zum Belange des peculium haftet — und dieß, wie es bei der allgemeinen Ausdrucksweise der Quellen an und für sich unwahrscheinlich ist, wird direct widerlegt durch l. 9 § 8 D. de pec. 15. 1, l. 10 § 10 D. de in rem verso 15. 3. S. auch l. 1 C. quod cum eo 4. 26, l. 7 D. de tut. 26. 1, l. 21 D. de adm. et per. 26. 7, Paul. sentent. I. 4 § 6. Eine historische Entwickelung nimmt an Pernice Labeo I S. 514. Ueber l. 25 D. ad SC. Vell. 16. 1 und l. 1 § 5 D. h. t. 15. 4 s. die folgende Note. Gegen die hier vertretene Ansicht ausführlich Drechsler a. a. O., für dieselbe Mandry a. a. O., gegen dieselbe wieder Brinz Pand. S. 222.

dem Sinne erfolgt sein, daß die zu begründende Verbindlichkeit nicht bloß formal sondern auch materiell eine eigene Verbindlichkeit des Erklärenden werden soll; sonst gilt das Recht der Bürgschaft[12]. Betrifft ferner das Rechtsgeschäft die Angelegenheiten des Erklärenden, so wird regelmäßig der Abschließende bei dem Abschluß an den Tag legen, daß er nicht in eigenem Namen sondern im Namen des Erklärenden zu handeln gemeint sei, und dann haftet nach dem im heutigen Recht anerkannten Princip der directen Stellvertretung der Abschließende gar nicht, und nur der Erklärende haftet[13]; ausgeschlossen ist es jedoch nicht, daß der Abschließende auch in eigenem Namen handele, und also zunächst sich, und erst durch sich den Erklärenden, zum Schuldner mache[14]. — Im Einzelnen ist noch Folgendes zu be-

---

[12] Es muß die Erklärung eben nicht zum Zweck der Sicherstellung des dritten Contrahenten abgegeben worden sein. Zu diesem Satze paßt zwar nicht ganz das „periculo meo" in l. 1 § 1 D. h. t. 15. 4; aber seine Annahme wird unbedingt nothwendig durch l. 25 D. ad SC. Vell. 16. 1. „Si domina servo suo credi iusserit, actione honoraria tenetur. Quod si pro eo fideiusserit, exceptione SC[i] Velleiani iudicio conventa adversus creditorem tueri se poterit, nisi pro suo negotio hoc fecerit". Ließe die actio quod iussu zu, daß die zu begründende Verbindlichkeit als materiell fremde übernommen werde, so hätte die Haftung der Frau aus der actio quod iussu nicht als unbedingt hingestellt werden können. Vgl. auch l. 1 § 5 D. h. t. 15. 4. „Quid ergo si fideiusserit pro servo? Ait Marcellus, non teneri quod iussu; quasi extraneus enim intervenit". — Viel eher könnte man auf Grund dieser Stellen die Behauptung aufzustellen geneigt sein, daß die durch den iussus übernommene Verbindlichkeit nicht bloß eine materiell eigene werden, sondern von Anfang an eine materiell eigene gewesen sein müsse; aber dem steht das in der vorigen Note Bemerkte entgegen.

[13] S. oben § 313.

[14] Man unterscheide folgende Fälle. a) Das Rechtsgeschäft ist von der Art, daß es im Namen des Erklärenden gar nicht vorgenommen werden kann. Von dieser Art ist die Bürgschaft für den Erklärenden; s. l. 10 § 2 D. de fidei. 46. 1, welche Stelle aus einer von dem Sohne für den Vater geleisteten Bürgschaft gegen den Letzteren die actio quod iussu gibt. b) Das Rechtsgeschäft könnte auch im Namen des Erklärenden vorgenommen werden; aber während der Erklärende den iussus direct an den dritten Contrahenten richtet (actio quo iussu), beauftragt er den Abschließenden ebenso nachdrücklich, in seinem eigenen (des Abschließenden) Namen abzuschließen. c) Die Erklärung an den Dritten liegt in der Anstellung des Abschließenden, in dem ihm ertheilten Auftrag (actio institoria, exercitoria, quasi institoria). In diesem Falle ist, damit die actio institoria etc. überhaupt begründet sei, beim Abschluß des Rechtsgeschäfts Bezugnahme auf die Anstellung 2c. erforderlich (Note 9), und es ist zuzugeben, daß in Folge dieser Bezugnahme regelmäßig auch ein Contrahiren im Namen des Princips vorhanden sein wird; aber nothwendig ist dieß nicht. Wie, wenn der Angestellte 2c. ausdrücklich erklärte, daß er zwar in Ausführung des ihm ertheilten Auftrages, aber nichtsdestoweniger in eigenem Namen abzuschließen gewillt sei: würde man auch in diesem Falle nicht ihn, oder umgekehrt nur ihn, wollen haften lassen? Nur ihn — wo dieß doch genau der Fall wäre, auf welchen die

merken. 1) Haftet der Erklärende für die Schuld des Abschließenden nur in derjenigen Gestalt, in welcher sie durch den Abschluß des Rechtsgeschäftes begründet worden ist, oder ergreift ihn diese Schuld auch in derjenigen Gestalt, welche sie durch ein späteres rechtswidriges Verhalten des Abschließenden annimmt? Es ist das Letztere zu sagen; nur mit der Maßgabe, daß, wenn das Rechtsgeschäft die Angelegenheiten des Erklärenden betrifft, der Erklärende für die Rechtswidrigkeit des Abschließenden bloß dann haftet, wenn es mit seinem Willen geschehen ist, daß derselbe in eigenem Namen und nicht im Namen des Erklärenden abgeschlossen hat[15]. 2) Mehrere Erklärende haften

---

actio institoria und exercitoria berechnet sind? Und was ausdrücklich erklärt wirksam ist, sollte das weniger wirksam sein, wenn es aus den Umständen als gewollt unzweifelhaft erkannt werden kann? Der hier vertheidigten Ansicht sind Sintenis II S. 370. 362 in der Anm., Brinz 1. Aufl. S. 1617. 2. Aufl. II S. 226, Zaun Arch. für prakt. RW. N. F. I S. 40. 41, Ruhstrat Jahrb. für Dogm. X S. 209 unt. 210, Hellmann Stellvertretung S. 94. Seuff. Arch. XXXVI. 31. Dawider namentlich Thöl § 25 Note 1. § 29 Note 1. 6. Aufl. § 74. III; s. auch Laband Zeitschr. für Handelsr. X S. 196 fg., Zimmermann stellvertretende Negotiorum Gestio S. 124 fg., Mitteis Stellvertretung S. 308 fg., Dernburg II § 13 Ziff. 3, [Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 497 fg.]. Entscheid. d. RG. II S. 166. Auch das HGB. kennt nur Contrahiren in eigenem Namen schlechthin und Contrahiren in fremdem Namen, kein Mittleres (Art. 52). — Ueber die heutige Anwendbarkeit der actio quod iussu speciell s. die verschiedenen Ansichten bei Chambon S. 253 fg. Vangerow a. a. O. Nr. 3, Sintenis § 102 Anm. 91, Drechsler S. 89 fg., Brinz 1. Aufl. S. 222. 223.

[15] L. 5 § 8. 10 D. de inst. act. 14. 3. Thöl § 33 (6. Aufl. § 86) Nr. 2 schließt die Verhaftung des Principals für unerlaubte Handlungen des Institor unbedingt aus. „Denn so weit der Institor nicht contrahirt, ist er gar nicht in seiner Sphäre als Institor". Ich meine, der römische Institor, welcher eben in eigenem Namen contrahiren sollte, war in seiner Sphäre als Institor auch nachdem er contrahirt hatte. Ein unmittelbarer Beweis liegt in den zu Anfang dieser Note genannten Stellen. Thöl meint, in diesen Stellen würden die unerlaubten Handlungen des Institor nicht als die Handlungen eines Institor, sondern als die Handlungen eines Gehülfen, durch welchen der Principal die vom Institor für ihn begründete Verbindlichkeit erfüllen lasse, in Betracht gezogen. Aber der Satz, daß der Schuldner unbedingt für die Handlungen des Gehülfen einstehe, dessen er sich bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, kann als richtig nicht anerkannt werden (§ 401 Note 5); und auch abgesehen hiervon wäre es doch auffallend, wenn die Frage, ob Jemand Institor sei — denn nur um diese Frage handelt es sich im Zusammenhang jener Stellen — mit Beziehung auf einen Fall erörtert würde, in welchem der Institor als Institor gar nicht in Betracht kommt. Was hätte den Juristen bewegen können, in die Frage, welche er wirklich beantworten will, eine ganz andere Frage hineinzuwerfen und diese nebenbei und ganz stillschweigend mit abzumachen? Wie Thöl: Burchardi Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen S. 166 fg., Ubbelohde Zeitschr. f. Handelsr. VII S. 281. Seuff. Arch. IV. 35, vgl. V. 164, VI. 190. Gegen Thöl auch v. Wyß Haftung für fremde Culpa S. 122 fg., Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. XVI S. 331 fg. — Die l. 5 § 10 cit. ist in der neueren Zeit der Gegenstand sehr eingehender Erörterungen geworden, welche sich aber

jeder auf das Ganze[16]; sie sind, wie mit dem Abschließenden, so unter sich Correalschuldner[16a]. 3) Der Abschließende haftet ebenso unbedingt, wie der Erklärende, und auch wenn er als Geschäftsführer gehandelt hat, nicht etwa nur so lange, wie seine Geschäftsführung dauert[17].

nicht auf die hier verhandelte Frage, sondern auf die Erklärung des Zusammenhanges der Stelle beziehen. Es sind darüber fünf verschiedene Meinungen aufgestellt worden: 1) die von Puchta § 278. d (es sei zu lesen: imperare*m*), vertheidigt von Rudorff das. bis zur 11. Aufl., Dedekind Arch. f. civ. Pr. XLI S. 192 fg., Burchardi a. a. O.; 2) die von Vangerow III § 661 (Mühlenbruch Cession S. 143 Note 287, Kritz a. a. O. S. 315 fg.), vertheidigt von Keller Jahrb. d. gem. R. II S. 218 fg. und Rudorff zu Puchta in der 11. Aufl.; 3) die von Thöl a. a. O., vertheidigt im Wesentlichen von Ude Arch. f. civ. Pr. LIII S. 269 fg., Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. XVI S. 335; 4) die mit der Thöl'schen Meinung sachlich übereinstimmende Meinung von Ihering Jahrb. f. Dogm. II S. 78 fg. (es sei zu lesen: discipul*us* se*r*vis); 5) Mommsen in seiner Ausgabe emendirt imperar*ent*, was in der Sache mit der Puchta'schen Auffassung übereinzustimmen scheint; zustimmend Pernice Labeo II S. 351 Note 24. Von diesen verschiedenen Meinungen würde auf die hier verhandelte Frage nur die Vangerow-Keller'sche von Einfluß sein, nach welcher die Personen des Institor und des die unrechtmäßige Handlung Begehenden nicht zusammenfallen, dieser letztere vielmehr nur als Gehülfe erscheint. Aber gegen diese Erklärung spricht: 1) daß auch in den beiden vorhergehenden §§ der Institor und der die unrechtmäßige Handlung Vornehmende dieselbe Person sind; 2) daß es in der von Keller angezogenen Stelle aus den sententiae des Paulus II. 8 § 3 heißt: „quod cum discipulis . . . contractum est", wonach also das Thöl-Ihering'sche Bedenken aufrecht bleibt; 3) wenn die Lehrlinge durch ihr Annehmen den Institor verpflichten können, warum nicht auch den abwesenden Principal, welcher sein Geschäft in seiner Abwesenheit durch einen „procurator" weiter treiben läßt? Mir scheint von allen jenen Erklärungen die Ihering'sche noch am Meisten für sich zu haben. Die Puchta'sche hat, wie ich glaube, durch die von Rudorff in der 8. Aufl. am Schluß hinzugefügte Bemerkung nicht gewonnen. Zu dem letzten Satz der Stelle vgl. noch l. 5 pr. D. quod iussu 15. 4, l. 4 C. quod cum eo 4. 26. Der seit der 5. Aufl. erschienene Aufsatz von Schloßmann Arch. f. civ. Pr. LXIII S. 208 fg. beschäftigt sich hauptsächlich mit dem „procurator" der Stelle; im Uebrigen geht er von der oben bei 2 bezeichneten Auffassung aus.

[16] L. 5 § 1 D. quod iussu 15. 4, l. 1 § 25 — l. 4 § 2 D. de exerc. act. 14. 1, l. 13 § 2 l. 14 D. de inst. act. 14. 3. Thöl Handelsr. 4. Aufl. § 37 (S. 214. 215) behauptet, die solidarische Verhaftung falle weg, wenn der Regreß gegen den Genossen aus rechtlichen oder factischen Gründen ausgeschlossen sei. Er beruft sich dafür weniger auf l. 14 D. de inst. act. 14. 3 (a. a. O. Note 15), als auf l. 13 § 2 eod. in Verbindung mit l. 27 § 8 l. 28 D. de pec. 15. 1, in welchen letzteren Stellen aber von Fällen die Rede ist, in denen eine solidarische Verhaftung des Genossen gar nicht stattfindet. Vgl. auch Vangerow III S. 494, Gensel Arch. f. prakt. RW. N. F. I S. 191.

[16a] Denn sie haften aus derselben Obligation.

[17] Denn er hat sich in eigenem Namen verpflichten wollen. L. 67 D. de proc. 3. 3. Man hat das Gegentheil behauptet wegen l. 20 D. de inst. act. 14. 3, welche aber von einem Falle handelt, in dem angenommen wird, daß der Geschäftsführer gar nicht die Absicht gehabt habe, überhaupt eine Verpflichtung für sich zu begründen („nec iure his verbis obligatum"). Ruhstrat (Note *)

4) Ein Forderungsrecht aus dem abgeschlossenen Rechtsgeschäft hat der Erklärende, abgesehen von der Einwirkung eines zwischen ihm und dem Abschließenden bestehenden Gewaltverhältnisses, der Regel nach nicht[17a], und nur in Ausnahmefällen wird ihm ein solches auch ohne Cession gewährt[18].

2. Actio de in rem verso*.

§ 483.

Als Selbstschuldner haftet neben dem ein Rechtsgeschäft Abschließenden auch der durch dieses Rechtsgeschäft Bereicherte[1] bis zum Belange der Bereicherung; jedoch nur mit folgenden Maßgaben. 1) Es muß die Bereicherung dem Bereicherten in einer Weise zugegangen sein, daß er dadurch zum Ersatz an den Abschließenden verpflichtet wird[2]; auch muß die Verpflichtung nicht hinterher wieder wegge-

S. 45. 46 und Arch. f. civ. Pr. XXX S. 345, Thöl § 26 Note 9. 6. Aufl. § 75 Note 35, Vangerow III § 661 Anm. — Noch viel weniger begründet ist die Behauptung, daß der Geschäftsführer auch bei währender Geschäftsführung nicht genöthigt werden könne, den Gläubiger aus eigenem Vermögen zu befriedigen. Vgl. Vangerow a. a. O. und andererseits Holzschuher III § 276 Nr. 5.

[17a] L. 49 § 2 D. de A. v. A. P. 41. 2. Seuff. Arch. XXVI. 213.

[18] Namentlich im Fall des Concurses des Abschließenden. L. 2 D. de inst. act. 14. 3: — „si modo aliter rem suam servare non potest“. L. 5 D. de stip. praet. 46. 5: — „bonis eius venditis“. S. ferner l. 1 § 18 D. de exerc. act. 14. 1: — propter ministerium annonae“; l. 26 D. de R. C. 12. 1; l. 10 D. quos cuiusque univ. 3. 4; l. 5 D. de praet. stip. 46. 5, l. 27 § 1 l. 28 D. de proc. 3. 3. Wie die Compilatoren die in der citirten l. 2 D. de inst. act. bezeichnete Maßgabe der l. 1 eod. hinzugefügt haben, so ist mit derselben auch l. 13 § 25 D. de A. E. V. 19. 1 zu verstehen. Mühlenbruch Cession S. 145. 146. Thöl § 24. 6. Aufl. § 75. II, Schmid Cession I S. 403 fg. 422 fg., Ihering Arch. f. prakt. RW. N. F. IV S. 335 fg. Der letztgenannte Schriftsteller versteht jetzt (Jahrb. f. Dogm. XII S. 378 fg.) die citirte l. 13 § 25 D. de A. E. V. von einer Widerklage. (Die dabei in Note 74 gegen mich gemachte Bemerkung [„ähnlich Windscheid § 313“] ist ungerechtfertigt, da in § 313 ausdrücklich auf § 482 verwiesen ist.) S. auch Zimmermann stellvertretende Negotiorum Gestio S. 117 fg. [Für unbedingten Uebergang der Forderung auf den Geschäftsherrn Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 481 fg.]

* Dig. 15. 3 de in rem verso. — S. außer den bei § 482 Note * genannten Schriftstellern (Mandry S. 454—543): Keller commentatio ad L. Si ex duobus 32 pr. § 1 ff. de peculio (1822). Kritz Pandektenrecht I. 1 S. 429—476 (1835). Leist civilistische Studien II S. 61—102 (1855). H. Witte Bereicherungsklagen S. 256—273 (1859). Th. Löwenfeld die selbständige Actio de in rem verso (Münchener Inauguraldissertation, 1873). Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. XV S. 268—311 (1877). Ders. das. XIX S. 416—458 (1881).

[1] L. 1 pr. D. h. t.: — „tenentur . . . si in rem eorum, quod acceptum est, conversum sit, quasi cum ipsis potius contractum videatur“. § 483.

[2] Mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Fall, wo die Bereicherung dem Bereicherten durch den das Rechtsgeschäft Abschließenden selbst zugeht (Note 7), heißt

fallen sein[3]. Doch ist das Erforderniß der Ersatzverpflichtung des Bereicherten gegenüber dem Abschließenden nicht unbestritten, und zwar nicht bloß für den Fall, wo der Abschließende ein selbständiger Mensch ist, sondern auch für den Fall, wo er der väterlichen Gewalt des Bereicherten unterworfen ist[4]. 2) Ist der Abschließende der väterlichen

es in den Quellen, dieser dürfe dem Bereicherten nicht animo donandi, er müsse ihm animo negotia gerendi die Bereicherung zugewendet haben. L. 7 pr. l. 10 § 2 D. h. t., l. 5 § 3 eod. Auch l. 3 § 2 D. h. t. („Et regulariter dicimus, toties de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem") darf hierher gezogen werden, obgleich diese Stelle, wie der Zusammenhang lehrt, unmittelbar nur von der Frage handelt, wann man sagen dürfe, daß der Herr wirklich bereichert worden sei. — Witte a. a. O. führt, namentlich auf Grund der zuletzt genannten Stelle, in weiterer Entwickelung eines Gedankens von Keller, die actio de in rem verso auf eine Fiction der Cession der dem Abschließenden gegen den Bereicherten zustehenden actio mandati oder negotiorum gestorum zurück, indem er für den Fall, von welchem das römische Recht ausgegangen ist, dem, wo der Abschließende der Gewalt des Bereicherten unterworfen ist (Note 4), die weitere Fiction hinzunimmt, daß dem Abschließenden eine Klage gegen die Gewalthaber wirklich zustehe. Ich glaube nicht, daß dieß der Gedankenzusammenhang des römischen Rechts ist. Mir ist es nicht zweifelhaft, daß der wirkliche Anlehnungspunkt der actio de in rem verso die actio de peculio ist. Wenn der Gewaltunterworfene ein peculium hat und die actio de peculio noch begründet ist, so ist die actio de in rem verso überflüssig, indem die natürliche Verbindlichkeit, welche für den Gewalthaber aus der zu seinen Gunsten gemachten Verwendung entstanden ist, bei der Berechnung des peculium mit in Anschlag gebracht wird (l. 1 § 2 l. 19 D. h. t.). In der actio de in rem verso wird nun die natürliche Verbindlichkeit des Gewalthabers aus der Verwendung auch für den Fall zur Geltung gebracht, wo die actio de peculio entweder nie begründet gewesen ist oder begründet zu sein aufgehört hat. Auf diesen Zusammenhang weist auch hin, daß beide Klagen in derselben Formel zusammengefaßt wurden (Gai. IV. 73, § 4 I. h. t.). Vgl. l. 19 cit. i. f.: — „quae tamen adiectio tunc necessaria est, cum annus post mortem filii excessit". Vgl. Lenel Ed. perpetuum S. 23 fg. Noch weiter geht Baron (§ 482 Note *) S. 6 fg.; derselbe glaubt, die actio de in rem verso setze das Dasein eines peculium zur Zeit der Verwendung voraus. S. darüber Bekker Zeitschr. der Sav.-Stiftung IV S. 101.

[3] L. 10 § 6—9 D. h. t. Seuff. Arch. VI. 192.

[4] Der Fall, wo der Abschließende der Gewalt des Bereicherten unterworfen ist, ist der ursprüngliche Fall der actio de in rem verso; erst später ist sie auf Rechtsgeschäfte Unabhängiger ausgedehnt worden. S. Note 5. Was nun das Erforderniß der Ersatzverpflichtung des Bereicherten für diesen letzten Fall angeht, s. über die verschiedenen Meinungen die genannte Note. Für Rechtsgeschäfte von Personen unter Gewalt wird das bezeichnete Erforderniß von der herrschenden Meinung anerkannt. Gegen dieselbe haben sich erklärt Brinz krit. Blätter II S. 16, Löwenfeld und Mandry a. a. OO. Diese Schriftsteller wollen unterscheiden, ob der Gewaltunterworfene das Rechtsgeschäft direct für den Vater abgeschlossen habe oder für sein Peculium; nur in letzterem Fall, von welchem l. 7 pr. h. t. handele, sei es erforderlich, daß die Verwendung des durch das Rechtsgeschäft Erlangten in das Vermögen des Gewalthabers mit der Wirkung erfolgt

Gewalt des Bereicherten nicht unterworfen, so ist außer dem Moment der Ersatzverpflichtung des Bereicherten noch erforderlich, daß das Rechtsgeschäft in des Bereicherten Angelegenheiten und mit Hinweisung darauf, daß es dessen Angelegenheiten betreffe, abgeschlossen worden sei[5]. Nach einer andern Meinung geht die durch Rechtsgeschäfte

sei, denselben zum Ersatz zu verpflichten. Es ist auch zuzugestehen, daß Manches in den Quellen vorliegt, was gegen das Erforderniß der Ersatzverpflichtung spricht. So war vor Allem l. 7 § 1 D. h. t. („Plane si mutuum servus acceperit et donandi animo solvit, dum non vult eum debitorem facere peculiarem, de in rem verso actio est"), welcher Stelle gegenüber ich bereits in den früheren Ausgaben vorgeschlagen habe, statt „est" zu lesen „cessat". Ferner machen, wie nicht zu leugnen ist, der herrschenden Ansicht Schwierigkeit l. 3 pr. D. h. t. und l. 12 D. de inst. act. 14. 3, wenn auch nicht, wie mir scheint, die ferner von Mandry genannten l. 17 § 4 eod. und l. 10 § 5 h. t. Von der anderen Seite steht l. 10 § 2 D. h. t., und was l. 7 pr. D. h. t. angeht bleibt die Frage, warum denn bei der Verwendung aus dem Peculium animus obligandi erforderlich sein soll, wenn er bei der directen Verwendung nicht erforderlich ist. Was die genannten Schriftsteller in Betreff des einen und des anderen Punktes vorbringen, übrigens theilweise von einander abweichend, hat mich nicht überzeugt, und so habe ich, obgleich ich zugestehe, daß Zweifel übrig bleiben, es nicht für angezeigt gehalten, die herrschende Meinung zu verlassen. Neuere Literatur: Brinz Pand. S. 220, Huschke Darlehn S. 72. S. auch Ruhstrat in dem zweiten der in Note * genannten Aufsätze. Neuestens Dernburg II S. 39.

[5] Wenn der das Rechtsgeschäft Abschließende der Gewalt des Bereicherten unterworfen ist, so ist es nicht erforderlich, daß das Rechtsgeschäft in Angelegenheiten des Gewalthabers abgeschlossen worden sei. L. 5 § 3 l. 3 § 1 i. f. D. h. t., l. 3 pr. l. 7 § 3 eod. Die gegentheilige Behauptung Leist's S. 64, welcher sogar so weit geht, zu verlangen, daß auch der dritte Contrahent im Hinblick auf den Gewalthaber abgeschlossen habe, findet weder in l. 3 § 9 D. h. t., noch in den übrigen von Leist angeführten Stellen eine Stütze. Zu Paul. sentent. II. 9 § 1 vgl. die Note von Huschke in seiner Ausgabe. Der animus negotia gerendi des Abschließenden beim Abschluß des Geschäfts ist nur insoweit nöthig, als im gegebenen Fall ohne ihn kein Ersatzanspruch gegen den Bereicherten begründet sein würde (Note 6 und l. 7 § 4 D. h. t. [Note 7]). S. auch Witte S. 270 fg. Ist dagegen der das Rechtsgeschäft Abschließende der Gewalt des Bereicherten nicht unterworfen, so ist die actio de in rem verso gegen den Bereicherten nur dann begründet, wenn sowohl: a) das Rechtsgeschäft in dessen Angelegenheiten abgeschlossen worden, als auch b) der Abschließende dabei als Geschäftsführer hervorgetreten ist. Das erste Erforderniß ist früher vielfach verkannt worden, woraus sich eine ganz ungebührliche Ausdehnung der actio de in rem verso ergeben hat; jetzt wird es wohl nicht mehr bestritten. S. Kämmerer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 350 fg., Fritz Erläuterungen II S. 248, Witte S. 268, Sintenis § 102 Note 86, Ude Arch. f. civ. Pr. L S. 374 fg. Was die Praxis angeht: Seuff. Arch. I. 211, IV. 221, VIII. 257, XVI. 44, XXXIII. 22, XXXVI. 31, Bl. f. RAnw. zun. in Bayern XXIII S. 184. Das zweite Erforderniß wird auch heutzutage bei Weitem nicht allgemein anerkannt. Für dasselbe mit Lebhaftigkeit Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 339 fg., [Seuff. Arch. XLII. 13]; dagegen Ruhstrat in dem § 482* cit. Aufsatz 49 fg. und Magazin f. d. deutsche R. der Gegenwart III S. 19—60 (s. aber auch das. IV S. 219 fg.), Thöl 4. Aufl. § 27b a. E., Dernburg II § 14 a. E., Seuff. Arch. XXIX. 29. Aus den Quellen läßt sich eine directe Entscheidung nicht gewinnen. In l. 13

Selbständiger für denselben begründete Verbindlichkeit auf den Bereicherten überhaupt nicht über[5a].

Die Bereicherung[5b] kann dem Bereicherten möglicherweise schon durch den Abschluß des Rechtsgeschäfts selbst zugehen, wenn ihm dadurch nämlich die Eingehung einer eigenen Verbindlichkeit erspart, oder er von einer eigenen Verbindlichkeit befreit wird[6]; möglicherweise erst dadurch, daß dasjenige, was der Gläubiger bei dem Rechtsgeschäft seinerseits aufgeopfert hat, in sein Vermögen verwendet wird[7]. Ist die Bereicherung dadurch bewirkt worden, daß dem Bereicherten eine

---

C. si cert. pet. 4. 2, auf welche sich früher Ruhstrat berief (an dem zuerst genannten Ort, anders Magazin rc. S. 20 fg.), wird das Gewicht des „principaliter obligatum" durch die von Jhering angeführte l. 4 C. si tutor 2. 24 [25] gebrochen. L. 7 § 1 C. h. t. 4. 26, l. 82 D. pro soc. 17. 2 verlangen Geschäftsführung im Allgemeinen, ohne es besonders hervorzuheben, daß der Geschäftsführer als solcher hervorgetreten sein müsse (aus den Worten „et eius personam elegisti" geht nur hervor, daß der dritte Contrahent seine Qualität als Geschäftsführer gekannt habe) — obgleich andererseits auch nichts die Annahme verbietet, und es sogar wahrscheinlich ist, daß sie dieß als selbstverständlich voraussetzen. Für mich ist entscheidend die Analogie der actio institoria (§ 482 Note 9). Wenn der Dritte selbst aus seiner Erklärung nicht haftet, ohne daß das Rechtsgeschäft in ausgesprochenem Hinblick auf seine Person abgeschlossen worden ist, so kann er auch aus seiner Bereicherung ohne eine solche Bezugnahme nicht haften.

[5a] Es wird behauptet, in l. 7 § 1 C. h. t. 4. 26 sei nur eine actio negotiorum gestorum anerkannt. S. Kämmerer a. a. O. S. 351, Fritz a. a. O. S. 248 Note 432, Zimmermann Stellvertretende Negotiorum Gestio S. 317 fg., Hellmann Stellvertretung S. 61 fg., Baron die adjecticischen Klagen S. 40 fg., Huschke Darlehn S. 74 fg., Brinz krit. VJSchr. XXV S. 202 (etwas anders Pand. II § 259 Note 22); auch Puchta Vorl. zu § 279 a. E. [Seuff. Arch. XLIII. 18.] Mandry Familienrecht II S. 332 fg. 461 fg. erklärt die einschlagenden Quellenstellen aus der Annahme, daß durch Darlehnsgabe für einen Andern dieser im Fall der Bereicherung (und zwar ausschließlich er) verpflichtet werde. — Andere (Savigny Obl. II S. 32, Arndts § 248 Anm. 3) nehmen zwar eine Verpflichtung des Bereicherten aus der Verpflichtung des Geschäftsführers an, aber führen dieselbe nicht auf eine Ausdehnung der actio de in rem verso, sondern auf eine fingirte Cession der Klage des Geschäftsführers gegen den Geschäftsherrn zurück. — Für die actio de in rem verso neuestens Ruhstrat Magazin f. d. deutsche R. der Gegenwart IV S. 218 fg. (der aber für den § 482 Note 9 bezeichneten Fall die in Note 8 das. charakterisirte actio negotiorum gestorum annimmt), Kohler Jahrb. für Dogm. XXV S. 128.

[5b] Vgl. zum Folgenden namentlich Leist S. 66 fg., Mandry S. 484 fg.

[6] L. 17 pr. l. 19 l. 10 § 1. 2 D. h. t. Vgl. l. 15 D. h. t.; aber auch l. 10 § 2 D. de fidei. 46. 1.

[7] Diese Verwendung wird regelmäßig durch den Abschließenden erfolgen; daß dieß aber nicht der einzig mögliche Fall ist, zeigen l. 7 § 4 D. h. t. (Verwendung durch den Gläubiger selbst), l. 19 eod. (der Vater nimmt eine von dem Sohne gekaufte Toga, nicht wissend, daß sie zu dessen peculium gehört, an sich). Von jenem regelmäßigen Falle handeln l. 3 § 1. 3—8. 10 l. 5 pr. § 2 l. 7 § 5 l. 8. 9 l. 10 pr. l. 12. 15. 19 l. 20 pr. l. 21 D. h. t. Zu l. 3 § 3 cit. vgl. Seuff. Arch. IX. 305. 306, X. 61, XVII. 64.

eigene Aufopferung erspart worden ist, so schadet es nicht, daß das durch Eingehung der Verbindlichkeit Gewonnene hinterher wieder verloren worden ist[8].

3. Actio de peculio*.

§ 484.

Der Vater[1] haftet als Selbstschuldner aus den Verpflichtungen der seiner Gewalt unterworfenen Kinder mit Allem, was er denselben zum factisch selbständigen Haben überlassen hat, so daß es, ohne rechtlich aus dem Vermögen des Vaters auszuscheiden, äußerlich als Vermögen des Kindes erscheint (Peculium, Sondergut)[2]. Dieser

[8] L. 3 § 7. 8. 10 l. 17 pr. D. h. t. Im Uebrigen s. l. 10 § 6 h. t.: „Versum autem sic accipimus, ut duret versum". Mandry S. 481 fg. 531 fg. Vgl. dazu aber auch Ruhstrat in dem zweiten der in Note * citirten Aufsätze.

* Dig. 15. 1 de peculio 15. 2 quando de peculio actio annalis sit. — Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. V S. 173 fg. (1848). Dietzel Jahrb. d. gem. R. II S. 1 fg. 415 fg. III S. 60 fg. (1858. 1859). Keller das. III S. 153 fg. (1858). Rösler Zeitschr. für Handelsr. IV S. 300—318 (1861). Bekker das. IV S. 501—537 (1861). Mandry über Begriff und Wesen des Peculium (1869). Ders. Peculium duplicis iuris, Zeitschr. für RGesch. VIII S. 382 fg. (1869). Ders. das gemeine Familiengüterrecht S. 1 fg. 351 fg. (1876). Außerdem gehört hierher die im vorigen § bei * citirte Dissertation von Keller. S. auch dens. Litiscontestation und Urtheil S. 420 fg. 544 fg.

[1] „Vater" wird hier repräsentativ für den Inhaber der Gewalt gesagt. § 484.
Das Gleiche, wie für den Vater gilt für den Großvater ꝛc., in dessen Gewalt der Enkel ꝛc. steht.

[2] L. 39 D. h. t. „Peculium ex eo consistit, quod . . . velut proprium patrimonium servum suum habere quis voluerit". L. 47 § 6 eod.: — „quia quasi patrimonium liberi hominis peculium servi intellegitur". L. 32 pr. i. f. h. t. Vgl. Mandry Begriff ꝛc. ꝛc. S. 1—20. Familiengüterrecht S. 6—22 („factisches Vermögen"). — Nach römischem Recht ist Peculium Alles, was aus dem Vermögen des Vaters an das Kind gelangt, selbst wenn der Vater es mit dem Willen dem Kinde überlassen hat, daß es in das Vermögen des Kindes übergehen solle: das Kind kann vom Vater nicht erwerben. Pr. I. per quas pers. 2. 9, l. 6 pr. C. de bon. quae lib. 6. 61. Ob dieß noch heutzutage gilt, ist bestritten. Es findet sich die Behauptung (s. Note 4), daß heutzutage Schenkungen des Vaters an das Kind gültig seien. Diese Behauptung darf jedenfalls nicht darauf gestützt werden, daß, wie auch ich annehme, im heutigen Recht, anders als im römischen, Rechtsgeschäfte zwischen dem Vater und dem Kinde in der Gewalt zulässig sind. Denn der Satz, daß Alles, was ex substantia patris an das Kind kommt, Vermögen des Vaters bleibe, wird in den Quellen nicht als Consequenz der Unzulässigkeit von Rechtsgeschäften zwischen Beiden, sondern als directe Consequenz der Erwerbunfähigkeit des Kindes, welche in dieser Beziehung aufrecht erhalten wird, behandelt. Wie die Unzulässigkeit von Rechtsgeschäften zwischen Vater und Kind beim peculium castrense wegfällt (l. 2 pr. D. de contr. emt. 18. 1), so muß sie auch beim peculium adventicium wegfallen, und es ist Zufall oder Nachlässigkeit, daß dieß in den Quellen nicht ausdrücklich ausgesprochen worden ist. Vgl. § 519 Note 5. Dagegen ist die Erwerbunfähigkeit des Kindes in der bezeichneten Beziehung von den Compilatoren

Satz hat für das heutige Rechtsleben eine unendlich geringere Bedeutung, als er für das römische Recht hatte[3]; unabwendbar ist er aber auch heutzutage nicht[4]. Das Nähere ist Folgendes.

---

mit vollem Bewußtsein aufrecht erhalten worden. Es kann sich daher nur darum handeln, ob nicht Schenkungen zwischen Vater und Kind durch ein modernes, gerade auf Schenkungen gerichtetes Gewohnheitsrecht zulässig geworden sind. Ich bin nun allerdings der Ansicht, daß ein solches Gewohnheitsrecht nicht ganz wird geleugnet werden können, glaube aber nicht, daß es sich in weiterem Umfang nachweisen läßt, als in Betreff Dessen, was der Vater dem Kinde zum Zweck der Begründung einer selbständigen Wirthschaft oder zum Zwecke der Abschichtung aus der väterlichen Erbschaft zuwendet. S. Seuff. Arch. XIV. 44; VII. 195, IX. 44. 304, XV. 30; II. 305; I. 353, XVII. 255. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1865 S. 109 (88). Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock VII. 57 (= Seuff. Arch. XXVII. 38). Das. VII S. 246. 247. [Für die Gültigkeit der Schenkung Entsch. d. RG. XVI S. 113 (= Seuff, Arch. XLII. 217) und danach Seuff. Arch. XLII. 307.]

[3] Weil bei uns die väterliche Gewalt aufhört, sobald das Kind im Stande ist, für sich selbst zu sorgen, und in Folge davon einen selbständigen Haushalt begründet. Bei den Römern war die Einräumung eines Peculium hauptsächlich gerade auf den Fall berechnet, wo das Kind nach Außen hin selbständig geworden war; die ihm auch jetzt noch fehlende Vermögensfähigkeit sollte ihm durch das Peculium ersetzt werden. — Eine noch wichtigere Anwendung fand das Peculium im römischen Rechtsleben bei den Sclaven.

[4] Für die heutige Unanwendbarkeit der actio de peculio und der römischen Grundsätze vom s. g. peculium profecticium überhaupt hat sich namentlich die gewichtige Stimme Kraut's ausgesprochen, Vormundschaft II S. 640 fg.; nach ihm Dollmann Bl. f. RAnwend. zunächst in Bayern XIV S. 129 fg.; ferner Seuffert Pand. III § 485. 486, Savigny Oblig. II S. 52, Brinz 1. Aufl. S. 1204 fg. 2. Aufl. II S. 218; von Aelteren s. die bei Kraut S. 641 Note 25 Genannten. Kraut's Argumentation ist diese: nach heutigem Recht sind die Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Kind erlaubt, also auch Schenkungen, das Geschenkte wird also pec. adventicium und nicht pec. profecticium; insofern aber der Vater dem Sohne ein Vermögen zur eigenen Disposition ohne die Absicht zu schenken übergibt, führen die heutzutage über freie Stellvertreter geltenden Grundsätze zu dem gleichen Resultat, wie die actio de peculio. Ich halte aber nun zunächst das Letztere für entschieden irrig. Nach dem heutigen Rechte der Stellvertretung haftet der Vater auf das Ganze, wenn das Kind in des Vaters Namen contrahirt hat; hat aber das Kind in eigenem Namen contrahirt, und darauf ist ja eben die actio de peculio berechnet, so haftet der Vater gar nicht. Was sodann die Behauptung der unbedingten heutigen Gültigkeit von Schenkungen zwischen Vater und Kind angeht, s. die Note 2. Diese letztere Behauptung stellt auch Seuffert auf; außerdem macht derselbe geltend, worauf nebenbei auch Kraut hinweist, daß das dem Sohne zur Begründung einer eigenen Wirthschaft übergebene Vermögen eben auch den Austritt aus der väterlichen Gewalt begründe. Aber kann nicht der Vater dem Kinde Vermögen zur Begründung einer eigenen Wirthschaft auch ohne die Absicht zu schenken überlassen, so daß das Kind fortfährt, aus den Mitteln des Vaters zu leben? Savigny beruft sich ohne nähere Ausführung darauf, daß das heutige Peculium nicht mehr die römische Bedeutung habe. Brinz 1. Aufl.: „Peculien wären möglich, aber sie sind nicht mehr in Uebung" (2. Aufl.: „von unerweislichem Vorkommen"). Wie hier: Stobbe IV S. 347, Roth II S. 342. — Eine ganz eigenthümliche

1. Der Vater haftet mit Allem, was er dem Kinde in der bezeichneten Weise überlassen hat[5]. Das Ueberlassen kann in einem Geben[6] bestehen, aber auch in einem Nichtwegnehmen des vom Kinde anderweitig Erlangten[7. 7a]

2. Der Vater haftet für alle Verbindlichkeiten des Kindes[8], mit Ausnahme der Verbindlichkeiten aus Schenkungen[9], aus Delicten[10],

Stellung zur Frage nimmt Dietzel in den bei * genannten Aufsätzen ein. Er behauptet nämlich, daß die actio de peculio bereits im Justinianischen Rechte weggefallen sei. Denn peculium sei nach classischem Rechte nicht das dem Kinde vom Vater überlassene Vermögen, sondern alles vom Kinde erworbene Vermögen, auch ohne Concession des Vaters; die Grundlage der actio de peculio sei also nicht das peculium, sondern die „Peculienfähigkeit" des Kindes gewesen, und diese habe sich im Justinianischen Recht in eine Vermögensfähigkeit verwandelt. In dem zweiten Aufsatz sucht er dann noch auszuführen, daß durch Schenkungen des Vaters an das Kind bereits nach classischem Recht kein peculium erzeugt worden sei, d. h. daß das Geschenkte Vermögen des Vaters geblieben sei, ohne daß derselbe mit der actio de peculio haftbar geworden wäre. In Beziehung auf den ersten Punkt darf hier auf die Gegenausführung von Keller Jahrb. des gem. R. a. a. O. verwiesen werden: die zweite Behauptung halte ich für ebenso willkürlich, s. l. 15 pr. D. de castr. pec. 49. 17, l. 31 § 2 D. de don. 39. 5, l. 37 § 1 D. de A. R. D. 41. 1, in Betreff der l. 31 § 1 D. de don., auf welche sich Dietzel beruft, s. l. 9 § 3 D. de I. D. 23. 3, in Betreff von Vat. fr. 294 s. 31 § 2 cit. Vgl. auch Sintenis III § 141 Anm. 67, Mandry Begriff 2c. S. 10 fg. 33 fg. Familiengüterrecht S. 14 fg. 78 fg.

[5] L. 4 pr. § 1. 2 l. 5 § 3. 4 l. 6 l. 7 pr. — § 5 l. 39 l. 40 pr. D. h. t. S. noch l. 25. 40 § 1 eod. Dazu Ubbelohde Zeitschr. für Civ. u. Pr. N. F. XVI S. 423 fg., Mandry Begriff 2c. S. 41 fg. Familiengüterrecht S. 84.

[6] L. 8 D. h. t. „Non statim, quod dominus voluit ex re sua peculii esse, peculium fecit; sed si tradidit, aut, cum apud eum esset, pro tradito habuit". Vgl. l. 49 § 2 D. h. t. „Ut debitor vel servus domino vel dominus servo intellegatur, ex causa civili computandum est; ideoque si dominus in rationes suas referat se debere servo suo, cum omnino neque mutuum acceperit neque ulla causa praecesserit debendi, nuda ratio non facit eum debitorem". L. 4 § 1 eod., l. 6 § 4 D. de pec. leg. 33. 8. Mandry Begriff 2c. S. 21—33. Familiengüterrecht S. 57—69.

[7] L. 4 § 2 l. 39 l. 49 pr. D. h. t. In l. 7 § 1 D. h. t. ist von einem andern Falle die Rede, von dem Nichtzurückziehen eines früher eingeräumten Peculium.

[7a] Vermehrung des Peculium aus sich selbst: Mandry Begriff 2c. S. 43 fg. Familiengüterrecht S. 58 fg. Aufhören des Peculium: daselbst S. 71 fg. und S. 163 fg.

[8] L. 3 § 5. 9. 11. 13 l. 5 pr. § 1. 2 D. h. t., l. 23 § 4 l. 57 § 1 D. de aed. ed. 21. 1, l. 1 C. quod cum eo 4. 26 u. a. m. Der pater arrogator haftet nicht „ex ante gesto", l. 42 D. h. t. S. andererseits l. 27 § 2 h. t. Mandry Familiengüterrecht S. 132 fg. Cohn Beiträge I. 2 S. 306.

[9] Die Schenkungsbefugniß muß dem Kinde besonders eingeräumt werden, was übrigens auch stillschweigend geschehen kann. L. 7 D. de don. 39. 5, l. 28 § 2 D. de pact. 2. 14. Vgl. übrigens Mandry Familiengüterrecht S. 140 fg.

[10] Aus Delicten haftet der Vater nur bis zum Belange der Bereicherung des Peculium. L. 3 § 12 D. h. t., l. 30 pr. D. de A. E. V. 19. 1; l. 1 § 7 D. de his qui eff. 9. 3, l. 58 de R. I. 50. 17. Anders aber, wenn das Kind

und derjenigen Verbindlichkeiten, welche das Kind mit Rücksicht auf sein eigenthümliches Vermögen eingegangen ist[11]. Im Uebrigen befreit den Vater nicht einmal die ausdrückliche Erklärung, für die Verbindlichkeiten des Kindes nicht haften zu wollen[12].

3. Bei der Berechnung des Sondergutes wird auf die Zeit des Urtheils gesehen[13]. Eingerechnet wird in das Sondergut Alles, was der Vater dem Sondergute schuldig ist[14]; dagegen darf der Vater abziehen, was er seinerseits von dem Sondergut zu fordern hat[15]. Dieses Abzugsrecht fällt nur dann weg, wenn das Kind mit dem Sondergut unter Zustimmung des Vaters ein Gewerbe getrieben hat; in diesem Falle wird der Vater mit den übrigen Gläubigern nach gleichem Verhältniß befriedigt[16]. Eingerechnet wird in das Sonder=

---

aus dem Delict verurtheilt worden ist, l. 3 § 11 D. h. t., l. 35 D. de nox. act. 9. 4 (I § 129 Note 3). Vgl. v. Wyß die Haftung für fremde Culpa S. 49—53, Mandry Familiengüterrecht S. 234 fg.

[11] L. 18 § 5 D. de castr. pec. 49. 17.

[12] L. 29 § 1 l. 47 pr. D. h. t.

[13] L. 30 pr. D. h. t., l. 53 D. sol. matr. 24. 3, l. 7 § 15 D. quib. ex caus. in po. 42. 4.

[14] L. 7 § 6 l. 9 pr. § 1 l. 17 i. f. D. h. t., l. 38 § 2 D. de cond. ind. 12. 6.

[15] Darauf wird sogar die Definition des Peculium gestellt. L. 5 § 4 D. h. t.: — „deducto inde si quid domino debetur"; l. 11 § 7 eod.: — „non est in peculio, quod domino debetur". L. 16 D. de in rem verso 15. 3. Vgl. l. 9 § 2 D. h. t.: — „quia praevenisse dominus et cum servo suo egisse creditur". Mandry Begriff 2c. S. 74 fg. Familiengüterrecht S. 47 fg. Ueber die Natur der deductio vgl. noch Kretschmar Secum pensare S. 34 fg. Vgl. ferner einerseits l. 4 § 5 D. h. t., andererseits l. 6 pr. 8 pr. de pec. leg. 33. 8, und dazu Dernburg Compensation S. 119 fg. (2. Aufl. 117 fg.), Ihering Geist des röm. R. III S. 73 fg., Pernice Labeo I S. 131 fg. 391, Mandry Familiengüterrecht S. 390 fg. 394 fg. — Selbst den Gläubigern mit einem Concursprivilegium geht der Vater vor, l. 52 D. h. t., l. 22 § 13 D. sol. matr. 24. 3. Auch dasjenige kann der Vater abziehen, was den Personen geschuldet wird, deren Geschäfte er führt, l. 9 § 4 D. h. t. Ausnahmsweise gilt das Abzugsrecht nicht für Strafforderungen, l. 9 § 6 D. h. t. (vgl. l. 4 § 4 l. 27 § 1 eod., l. 30 pr. D. de A. E. V. 19. 1). Vgl. im Uebrigen l. 9 § 2 — l. 19 § 1 l. 22 l. 47 § 5 l. 56 D. h. t. Mandry Familiengüterrecht S. 380 fg.

[16] Actio tributoria. Dig. 14. 4 de tributoria actione. Zustimmung: dieselbe braucht keine ausdrückliche zu sein; das Edict spricht nur von scientia patris. L. 1 pr. § 3 D. h. t. (l. 1 § 3 cit.: — scientiam . . eam accipimus, quae habet et volutatem; . . non . . velle debet dominus, sed non nolle . ."). Gewerbe: nicht bloß Handelsgewerbe, l. 1 § 1 D. h. t. Der Vater wird mit den übrigen Gläubigern nach gleichem Verhältniß befriedigt: d. h. er soll das Peculium zwischen den sämmtlichen Gläubigern, sich selbst mit eingeschlossen, vertheilen (tribuere, distribuere), § 3 I. quod cum eo 4. 7, l. 5 § 19 l. 7 § 2 D. h. t. Betreibt das Kind zwei verschiedene Geschäfte, so haftet das Vermögen eines jeden dieser Geschäfte nur dessen Gläubigern, nicht den Gläubigern des andern Geschäfts, l. 5 § 15. 16 D. h. t. Ueber die Fassung der formula s. Keller

gut ferner, was der Vater dem Sondergut arglistigerweise entzogen hat[17]. Insoweit der Vater dasjenige, was von den Gläubigern in Folge des Geschäftes an das Kind gelangt ist, in Händen hat, haftet er auch über den Betrag des Sondergutes hinaus[18].

4. Mit dem Tode des Vaters oder des Kindes, ebenso mit der Emancipation des Kindes, hört das Sondergut auf; nach dieser Zeit haften der Vater bez. seine Erben noch während eines Jahres (tauglicher Zeit)[19]. Miterben haften nur bis zu dem Belange, bis zu welchem das Sondergut an sie gelangt ist[20]. Dagegen befreit Ver-

---

Jahrb. für Dogm. III S. 195, Mandry Familiengüterrecht S. 452 fg., Lenel Ed. perpetuum S. 215 fg., Baron S. 170 fg. Ueber die actio tributoria überhaupt vgl. Dietzel Zeitschr. f. HR. II S. 1—18, Mandry Familiengüterrecht II S. 420—454.

[17] L. 5 pr. l. 21 pr. — § 3 l. 26 D. h. t., l. 1 pr. D. quando de pec. actio 15. 2, l. 9 § 2 D. de trib. 14. 4, l. 19 D. de in rem verso 15. 3. Die Einrechnung findet jedoch nur innerhalb der Verjährungszeit der actio doli statt, und gegen die Erben nur auf die Bereicherung, l. 30 § 6. 7 l. 31 D. h. t. Mandry Familiengüterrecht S. 401 fg.

[18] Kraft der Clausel si quid dolo malo patris captus fraudatusque actor est. L. 36 D. h. t., l. 5 pr. eod., l. 3 § 5 D. commod. 13. 6, l. 1 § 42 D. dep. 16. 3.

[19] Dig. 15. 2 quando de peculio actio annalis est. Daß die Zeit utiliter berechnet wird: l. 1 § 2 tit. cit. In der Einziehung des Peculium, welche an und für sich dem Vater unbedingt freisteht (l. 4 pr. l. 8 l. 40 § 1 D. h. t.), liegt, wenn sie ohne Befriedigung der Gläubiger erfolgt, ein dolus gegen die Gläubiger, und deßwegen entscheiden die Grundsätze der Note 17. L. 21 pr. D. h. t. „Sed dolum malum accipere debemus, si ei ademit peculium . .“. Mandry Familiengüterrecht S. 413 fg.

[20] L. 30 § 1. 2 l. 32 pr. l. 29 pr. D. h. t., l. 7 § 5 l. 9 § 2 D. de trib. act. 14. 4. Ist der Sohn selbst unter den Miterben, so haftet er zwar als Principalschuldner den Gläubigern auf das Ganze, kann aber das Geleistete von seinen Miterben bis zum Belange der auf sie gefallenen Sondergutsantheile zurückfordern. L. 30 § 3 D. h. t., l. 38 pr. D. de cond. ind. 12. 6, l. 18 § 5 D. fam. erc. 10. 2, l. 13 C. eod. 3. 36. Consequent muß man dem Sohne ein Rückforderungsrecht auf das Ganze geben, wenn von dem Sondergute gar nichts an ihn gelangt ist. Mandry Peculium duplicis iuris S. 349 fg. — Bekker in dem bei * genannten Aufsatz findet in der Beschränkung der Verhaftung des Erben auf den an ihn gelangten Sondergutsantheil den Ausdruck des Gedankens, daß die Verpflichtung auf dem Sondergut als solchem ruhe und mit demselben auf Jeden übergehe, an welchen das Sondergut gelange. Mir scheint das nicht richtig. Der Erbe haftet nicht, weil er das Sondergut hat, sondern weil er Erbe ist; er haftet nur, wie auch der Vater selbst, nicht weiter als er das Sondergut hat. Das hat wohl auch Bekker selbst nicht verkannt. Auch was Bekker sonst für den bezeichneten Satz beibringt, kann ihn m. E. nicht rechtfertigen. Umgekehrt haftet nach l. 27 § 2 D. h. t. der Käufer des Sclaven mit der actio de peculio nur dann, wenn er das an ihn gelangte Peculium dem Sclaven läßt, und nach l. 1 § 7 D. quando de pec. 15. 2 und l. 18 D. de pec. leg. 33. 8 haftet nicht derjenige, welchem das Peculium vermacht worden ist. Die entgegengesetzte Ansicht vor Julian, l. 1 § 10 D. de dote prael. 33. 4, ist nicht durch-

mächtniß des Sondergutes an einen Dritten den Erben von Verhaftung nicht[21].

C. Uebernahme fremder Verbindlichkeiten durch Personen weiblichen Geschlechts*.

1. Das Recht des Vellejanischen Senatsbeschlusses.

§ 485.

Nach dem Vellejanischen Senatsbeschlusse[1] ist die Uebernahme fremder Verbindlichkeiten (Intercession[2]) für Personen weiblichen Geschlechts unverbindlich. — Damit die Vorschrift des Senatsbeschlusses Platz greife, ist im Einzelnen erforderlich[3]:

---

gedrungen. Vgl. Mandry a. a. O. S. 402. Familiengüterrecht S. 417 fg. Für die Bekker'sche Ansicht neuerdings Baron S. 89 fg. [Neuestens Bekker selbst Pand. I S. 151.]

[21] Denn er braucht das Sondergut nur nach Abzug der auf demselben haftenden Schulden herauszugeben. L. 1 § 7 D. quando de pec. 15. 2, l. 9 § 2 D. de trib. act. 14. 4, l. 18 D. de pec. leg. 33. 8. — In Betreff der Frage nach der Verhaftung des Herrn, welcher den Sclaven mit dem peculium veräußert hat, sind die Quellen nicht ohne Schwierigkeit. L. 11 § 7 l. 32—34 D. h. t. L. 37 § 2 D. h. t. handelt nicht von dem Fall der Veräußerung cum peculio.

* Dig. 16. 1 Cod. 4. 29 ad Senatusconsultum Velleianum. — Kritz Pandektenrecht I S. 240—287 (1835). Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. X S. 38 fg. (1837). Kattenhorn über Intercessionen der Frauen nach römischen Rechten (1840). Sintenis Sell's Jahrb. II S. 343 fg. (1843). Deurer Arch. für civ. Pr. XXVIII S. 407 fg. (1846). Bachofen ausgewählte Lehren des römischen Civilrechts Nr. 1 (1848). Windscheid Arch. f. civ. Pr. XXXII S. 283 fg. (1849). Girtanner Bürgschaft S. 133 fg. 258 fg. 335 fg. (1850. 1851). Fuhr Arch. f. prakt. RW. II S. 68 fg. 102 fg. (1854). Hasenbalg Beiträge zur Lehre von der Intercession 1. (einziges) Bändchen (1856). Bürgschaft S. 74 fg. (1870). [Grabenwitz die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte (1887) S. 69—190. (Dazu Eck krit. VJSchr. XXX S. 82 fg., Mitteis Grünhut's Zeitschr. XVI S. 647 fg.)] Glück XIV S. 433—472. XV S. 1—58. Sintenis II § 129, Vangerow III § 577. 581, Brinz 2. Aufl. II § 261—263.

§ 485. [1] Aus der Regierung des Kaisers Claudius (Glück XIV S. 438 fg., Bachofen S. 3). Die Worte des Senatsbeschlusses in l. 2 § 1 D. h. t. Derselbe bestätigte nur eine bereits geltende Praxis („tametsi ante videtur ius ita dictum esse"). Vorhergegangen waren Gesetze (edicta) von Augustus und Claudius, durch welche Ehefrauen die Intercessionen für ihre Ehemänner untersagt wurden.

[2] Der Ausdruck intercessio wird in den Quellen in einem doppelten Sinne gebraucht. In weiterem Sinne bezeichnet er eine jede Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit; in engerem Sinne aber wird nur eine solche Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit intercessio genannt, welche unter die Senatsvorschrift fällt (s. Note 3). Der erste Sinn ist der gewöhnliche; in Betreff des zweiten vgl. z. B. l. 3. 14. 16. 23. 26 D. h. t.

[3] Der Senatsbeschluß selbst hat für unverbindlich nicht die Uebernahme fremder Verbindlichkeiten erklärt (obgleich allerdings im Eingange desselben von Frauen die Rede ist, „quae pro aliis reae fierent"), sondern zwei einzelne

1) daß die Frau eine fremde Verbindlichkeit übernommen habe. Unter Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit wird hier verstanden: sich in die Lage versetzen, eine fremde Verbindlichkeit statt des eigentlichen Schuldners erfüllen oder sonst eine Aufopferung zu Gunsten derselben machen zu müssen[4]. Eine fremde Verbindlichkeit erfüllen, oder sonst eine Aufopferung zu Gunsten derselben machen, ist nicht Uebernahme der fremden Verbindlichkeit[5]. Ebensowenig liegt eine Ueber-

Formen der Uebernahme fremder Verbindlichkeiten, Bürgschaft und Darlehnsaufnahme für einen Andern. Die Jurisprudenz aber hat anerkannt, daß der eigentliche Gedanke (vgl. I § 22) der Senatsvorschrift auf die Uebernahme fremder Verbindlichkeiten als solche gehe (alienam obligationem in se suscipere, l. 2 § 5 l. 8 § 1 D. l. 1. 8. 16. 18 C. h. t.), andererseits freilich nicht auf Alles, was Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit an und für sich genannt werden kann. Der eigentliche Gedanke der Senatsvorschrift ist aber der, daß der Frau wegen ihrer Unerfahrenheit und leicht beweglichen Gutmüthigkeit (l. 2 § 2. 3 D. h. t.) Schutz gegen Rechtsgeschäfte gewährt werden soll, welche sie deßwegen für ungefährlich hält, weil sie vertraut, daß eine Verbindlichkeit von demjenigen, welchen sie angeht, auch werde erfüllt werden. Alle Rechtsgeschäfte, welche Frauen in diesem Glauben und Vertrauen abschließen, aber auch nur solche, fallen unter die Bestimmung des Senatsbeschlusses. In dieser Weise ist der eigentliche Gedanke des Senatsbeschlusses in dem oben bei * citirten Aufsatz von mir bestimmt worden; übereinstimmend Girtanner, Hasenbalg, Vangerow (S. 166 unt. 7. Aufl. S. 149), Kohler Jahrb. für Dogm. XVI S. 154, und, in der Formulirung, wenngleich nicht in den Consequenzen, Fuhr. Ueber die Ansichten Anderer s. den genannten Aufsatz S. 310 fg.; und vgl. noch Arndts § 359 Anm. 3, Brinz § 261, Dernburg II § 81 Note 7 (gegen das hier Bemerkte vgl. unten Note 22). — An dem angeführten Orte habe ich übrigens nicht von dem „eigentlichen Gedanken", sondern von dem „Principe" des Senatsbeschlusses gesprochen, und ich halte das auch jetzt noch für einen ganz passenden Ausdruck. Jedenfalls habe ich dafür gesorgt, daß darüber, was unter „Princip" des Senatsbeschlusses zu verstehen, ein Mißverständniß nicht möglich sei, indem ich die Frage: welches ist das Princip des Senatsbeschlusses? durch die andere Frage wiedergegeben habe: welches sind die charakteristischen Eigenschaften derjenigen Rechtsgeschäfte, auf welche sich die Bestimmung des Senatsbeschlusses bezieht? Nichtsdestoweniger hat sich Sintenis Civilr. a. a. O. Anm. 78[a] erlaubt, über meine Ansicht von der Unterstellung aus abzusprechen, als gehe dieselbe nicht von dem klaren hier bezeichneten Begriff, sondern von der unbestimmten Vorstellung aus, welche er selbst mit den Ausdrücken „Zweck und Absicht" verbindet.

[4] Ueber das Letztere s. Note 7. 8. 11. d.

[5] Erfüllung: l. 4 § 1 D. l. 4. 9 C. h. t. Sonstige Aufopferung: Geben an Erfüllungsstatt, l. 5 D. h. t.; Delegation des Schuldners, l. 8 § 5 D. h. t.; Verzicht auf Pfandrecht, l. 8 pr. D. l. 11. 21 C. h. t. L. 8 § 5 cit.: — „mulier enim per SC[m] relevatur, non quae deminuit restituitur". — Ueber l. 32 § 2 D. h. t. s. Windscheid S. 291 fg., Hasenbalg S. 17 fg., Vangerow § 577 Anm. Nr. I. 1, Brinz § 262 Note 13, [Gradenwitz S. 166 fg.]. Ich halte es jetzt für das Wahrscheinlichste, daß die Stelle von einem Verkaufe an einen Gläubiger spricht, welchem die Frau gegen den Senatsbeschluß ein Pfandrecht an der verkauften Sache bestellt hat. Die Frau verkauft ihm, weil er sonst seinerseits ihr die Sache wegverkaufen würde, so daß ihr Verkauf nur pignoris exsecutio ist. Vgl. den vorhergehenden § 1. „Sed si creditor, qui

nahme einer fremden Verbindlichkeit in dem Versprechen, dem Schuldner ersetzen zu wollen, was derselbe seinerseits zum Zweck der Erfüllung seiner Verbindlichkeit werde aufgeopfert haben[6]. — Im Uebrigen kann die Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit in sehr verschiedener Weise geschehen. Sie kann nicht bloß durch Sichverpflichten geschehen, sondern auch durch Verpfändung[7]. Auch in dem Verzichte auf einen Pfandvorzug zu Gunsten einer fremden Verbindlichkeit liegt eine Uebernahme derselben[8]; doch ist dieser Verzicht durch eine positive Bestimmung des römischen Rechts für gültig erklärt worden[8a]. Die

---

pignus per intercessionem acceperit, hoc alii vendidit . . ." Dann fährt unser § fort: „Item si mulier creditori viri fundum vendidit . . ."

[6] L. 8 § 1 l. 19 pr. § 1 D. h. t., l. 2 C. si mater indemnitatem 5. 46. Wenn die Frau in diesem Falle erwartet, daß sie von dem abgeschlossenen Rechtsgeschäft keinen Schaden haben werde, so thut sie das entweder kraft des Leichtsinnes, welcher nicht daran denkt, daß übernommene Verbindlichkeiten auch werden erfüllt werden müssen, oder vielleicht in der Hoffnung, daß für den Schuldner selbst eine Verbindlichkeit nicht werde existent werden, und gegen die nachtheiligen Folgen dieses Leichtsinnes und dieser Hoffnung soll sie eben nicht geschützt werden. Damit der Gedanke des Senatsbeschlusses Platz greife, ist nothwendig, daß ein Anderer vorhanden sei, von dem als eigentlichem Schuldner die Frau die Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit erwarten kann. L. 19 pr. cit.: — quando vix sit, ut aliqua apud eundem pro eo ipso intercessisse intelligi possit". L. 8 § 1 cit.: — „Papinianus . . non putat, eam intercessisse; nullam enim obligationem alienam recepisse, neque veterem, neque novam, sed ipsam fecisse hanc obligationem". — Die in dieser Note genannten Stellen sind (alle oder theilweise, allein oder mit anderen) für Andere (Sintenis, Deurer, Vangerow) die Veranlassung gewesen, in die Definition der Intercession das Moment: Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit durch Verhandlung mit dem Gläubiger aufzunehmen. Vgl. darüber Note 8 a. E.

[7] L. 8 pr. l. 32 § 1 D. h. t. Der Verpfändung steht gleich die Gestattung der (dann erfolgenden) Verpfändung, l. 5. 7 C. h. t. Ebenso die Eigenthumsübertragung zum Zweck der Verpfändung; Seuff. Arch. VII. 32; vgl. RG. 10/6 80 bei Fenner und Mecke II S. 87.

[8] L. 17 § 1 D. h. t.; vgl. dazu l. 12 § 4 D. qui pot. 20. 4. Wer auf ein Pfandrecht verzichtet (Note 5), macht eine Aufopferung, er gibt ein Recht auf, wer auf einen Pfandvorzug verzichtet, setzt sich nur der Gefahr einer Aufopferung aus; denn wird die Verbindlichkeit, zu Gunsten deren verzichtet worden ist, von ihrem Schuldner erfüllt, so ist der Verzicht ohne alle Bedeutung. Uebereinstimmend Dernburg Pfandrecht II S. 545—546. Anders faßt die Sache Deurer a. a. O. S. 413 fg. auf. Er glaubt, daß der Fall der l. 17 § 1 cit. deßwegen unter die Senatsvorschrift falle, weil der Verzicht auf den Pfandvorzug gedacht werde als die Uebernahme der Verpflichtung dem Gläubiger gegenüber, den Pfandvorzug gegen ihn nicht geltend zu machen. Dieß ist aber nicht die Auffassung der Quellen; dieselben erblicken vielmehr den Verzicht in der dem Schuldner ertheilten Gestattung (voluntas, permissus, l. 12 § 4 cit., l. 8 § 6 sqq. D. quib. mod. pign. 20. 6). Vgl. noch Stammler Arch. für civ. Pr. LXIX S. 57 fg. — Ist dieß richtig, so beweist es auch, daß das Moment „durch Verhandlung mit dem Gläubiger" (Note 6 a. E.) in die Definition der Intercession nicht gehört.

Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit kann ferner geschehen entweder in der Weise, daß die Frau sich zur Schuldnerin neben dem Schuldner der fremden Verbindlichkeit macht (s. g. cumulative Intercession)[9], oder in der Weise, daß sie sich zur alleinigen Schuldnerin macht (s. g. privative Intercession)[10]. Das Letztere ist noch in doppelter Weise möglich: a) die Frau nimmt die fremde Verbindlichkeit dem Schuldner, welcher sie trägt, ab[11]; b) sie bewirkt durch ihre Dazwischenkunft, daß die Verbindlichkeit für denjenigen, welchen sie angeht, gar nicht entstehe[12].

2. Die Frau muß eine **fremde** Verbindlichkeit übernommen haben, d. h. eine Verbindlichkeit, welche ihr nicht bloß formal, son-

---

[8a] L. 21 C. h. t., ein reformatorisches Gesetz, durch welches l. 17 § 1 D. h. t. beseitigt ist. Dieß wird gewöhnlich nicht beachtet; aber ich wüßte nicht, wie l. 21 cit. anders gefaßt werden könnte. Vgl. auch Schlayer Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 238 fg. Ohne Berufung auf l. 21 C. h. t. wird der Verzicht einer Frau auf einen ihr zustehenden Pfandvorzug für verbindlich erklärt in den Erkenntnissen bei Seuff. Arch. III. 54, XVII. 243. L. Löwenfeld Arch. für civ. Pr. LXVIII S. 72 fg. sucht auszuführen, daß auch l. 17 § 1 D. cit. den Verzicht auf einen Pfandvorzug nicht für Intercession erkläre, und sagt dann (S. 77), daß „allerdings im konkreten Fall" der Stelle eine Intercession vorliege. Unverständlich!

[9] Die cumulative Intercession kann vollzogen werden: a) durch Bürgschaft; b) durch Eingehung einer eigentlichen Correalverbindlichkeit; c) durch Verpfändung oder durch Verzicht auf einen Pfandvorzug (Note 7. 8). Was den Fall der Bürgschaft angeht, s. noch l. 6 § 2 C. h. t., l. 1. 3 C. si mater indemnitatem 5. 46.

[10] Bei der privativen Intercession ist die Erwartung der Frau, daß derjenige, welchen die Verbindlichkeit materiell angeht, sie auch erfüllen werde, natürlich nicht ausgeschlossen.

[11] Dieß kann geschehen: a) durch Novation (s. z. B. l. 8 § 2. 11 l. 13 pr. D. h. t., vgl. l. 8 § 7 eod.); b) nach heutigem Recht auch durch Schuldübernahme (§ 338). Ferner gehört c) der Fall hierher, wo die Parteien ausmachen, daß statt des Schuldners die Frau den Proceß, vor dem Richter oder dem Schiedsrichter, auf sich nehmen solle; der Gläubiger läßt hier den Schuldner frei gegen die Aussicht, die Frau als Schuldnerin zu gewinnen. Nach classischem römischen Recht befreite die litis contestatio mit der Frau als solche den Schuldner, l. 2 § 5 l. 23. 26 D. h. t. Von der Uebernahme eines Schiedsspruches handelt l. 32 § 2 D. de recept. 4. 8. d) Endlich kann die Frau eine Befreiung des Schuldners durch ihre Intercession auch in der Weise bewirken, daß sie sich durch Obligirung gegen einen Dritten die Mittel zur Befriedigung des Gläubigers verschafft. Von diesem Falle handeln l. 19 § 5 und l. 28 § 1 D. h. t.

[12] Es ist gleichgültig, ob dieß durch Darlehnsaufnahme geschieht, oder durch Abschluß irgend eines andern eine Obligation erzeugenden Rechtsgeschäfts. L. 8 § 14 l. 11. 12 l. 29 pr. D. l. 3. 4. 10. 19 C. h. t. Von diesem Falle handelt näher und ausführlich Hasenbalg S. 82—287. Derselbe zieht hierher aber auch den Fall d der vorigen Note. Seuff. Arch. XXII. 140. Budde und Schmidt Entscheid. des OAG. zu Rostock VI. 51. — Die verschiedenen im Vorstehenden bezeichneten Fälle der Intercession faßt zusammen l. 4 C. h. t.

dern auch materiell fremd ist[13]. Bloß formal fremd ist ihr diejenige Verbindlichkeit, aus welcher ein Rückgriff gegen sie begründet ist[14], oder für welche sie schon aus einem andern Grunde aufkommen muß[14a].

3. Die Frau muß die fremde Verbindlichkeit als fremde übernommen haben, d. h. als eine von dem eigentlichen Schuldner, nicht von ihr, zu erfüllende. Der Frau, welche die fremde Verbindlichkeit in der Absicht übernimmt, sie ihrerseits zu erfüllen, wird nicht geholfen. Ob sie diese Absicht hat oder nicht, ist aus den Umständen zu bestimmen, im Zweifel aber nicht gegen, sondern für die Frau zu entscheiden[15]. Einzelne Fälle der Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit in der Absicht, sie zu erfüllen, sind folgende: die Frau hat sich zur Uebernahme der Verbindlichkeit für eine dem Betrage derselben entsprechende Gegenleistung verpflichtet[16]; die Frau will durch die Uebernahme der Verbindlichkeit eine entsprechende Gegenleistung erlangen[17], oder sich von einer entsprechenden eigenen Verbindlichkeit befreien[18], oder schenken[19]; die Frau will das zur Erfüllung der

[13] Der Frau wird nicht geholfen, „cum prima facie quidem alienam, revera autem suam obligationem suscipiat“, l. 13 pr. D. h. t.

[14] Z. B. die Verbindlichkeit des Erben, von dem sie die Erbschaft gekauft hat; die Verbindlichkeit ihres Bürgen, oder desjenigen, welcher sich sonst in ihrem Auftrage verpflichtet hat. L. 3 l. 13 pr. D. h. t. S. auch l. 25 § 1 eod. [Seuff. Arch. XLIII. 268.]

[14a] Hierher gehört wohl l. 6 pr. C. h. t. Windscheid a. a. O. S. 304 Note 30. Ein sehr gewichtiges Argument für diese Auffassung der l. 6 pr. cit. enthält § 1 eod.

[15] S. Windscheid S. 301. 302.

[16] L. 22 D. h. t. „Si mulieri dederim pecuniam, ut eam creditori meo solvat vel expromittat, si ea expromiserit, locum non esse SC°, Pomponius scribit; quia mandati actione obligata in rem suam videtur obligari“.

[17] L. 27 § 2 D. h. t. „Uxor debitricem suam viro delegavit, ut vir creditori eius pecuniam solveret; si fidem suam pro ea, quam delegavit, apud virum obligaverit, locum exceptio SCi non habebit, quia mulier suum negotium gessit“. Nach heutigem Recht würde übrigens der Fall dieser Stelle nicht hierher, sondern unter Note 16 gehören. Vgl. Seuff. Arch. XX. 124.

[18] L. 2 C. h. t. — „Sin autem pro creditore suo alii se obligaverunt, vel ab eo se vel debitorem suum delegari passae sunt, huius SCi auxilium non habent“. Daß der „alius“ Gläubiger ihres Gläubigers sei, ist durch diese Worte nicht gesagt, aber auch nicht ausgeschlossen; daß er wirklich als Gläubiger gemeint sei, geht aus dem Vorhergehenden hervor. S. ferner l. 24 D. h. t. Der gleiche Gesichtspunkt liegt auch in l. 1 § 4 D. de pign. 20. 1 zu Grunde. [Vgl. Seuff. Arch. XLIV. 109 (Erfüllung einer sittlichen Pflicht).] — Wie ist es, wenn die Frau die Existenz der Verbindlichkeit, von welcher sie sich durch die Intercession befreien will, irrthümlicherweise angenommen hat? Nach der Regel ist dann condictio indebiti gegen denjenigen begründet, welchem sie durch die Intercession geleistet hat, den vermeintlichen Gläubiger; dagegen hat die Frau keine Vertheidigung gegen den Intercessionsgläubiger, da durch ihren Irrthum die Absicht, in welcher sie intercedirt hat, nicht verändert wird. In dieser Weise

fremden Verbindlichkeit Geleistete dem Schuldner in Anrechnung bringen[20]; die Frau macht durch den Antritt einer Erbschaft die Erbschaftsschulden zu den ihrigen[21].[22]

---

wird auch entschieden in l. 8 § 2 D. h. t., entgegengesetzt in l. 17 pr. D. h. t. Beim Widerspruch dieser Stellen muß man das Princip befolgen. Die abweichende Meinung, welche in l. 8 § 2 cit. selbst erwähnt wird, und welche ihren Ausdruck in l. 19 D. de nov. 46. 2 gefunden hat, bezieht sich nur auf den Fall, wo die Verbindlichkeit, von welcher die Frau sich durch die Intercession befreien will, gerade wegen Verstoßes gegen das SC^um^ Velleianum ungültig ist (vgl. § 487 Note 3). — Uebrigens wird das hier Vorgetragene (vgl. Windscheid S. 320 fg.) nicht allgemein anerkannt. So geben namentlich Fuhr in der zweiten der oben citirten Abhandlungen, Hasenbalg S. 40 fg. und Brinz 2. Aufl. § 261 Note 7 der irrenden Frau die Einrede allerdings. Hasenbalg erkennt an, daß darin eine Abweichung von dem Principe liege, welche aber aus Billigkeitsgründen, eben wegen des Irrthums der Frau, zugelassen worden sei (vgl. auch Girtanner S. 338). L. 8 § 2 cit. erklärt Hasenbalg aus der Unterstellung, daß die delegirte Frau die Ungültigkeit ihrer Verbindlichkeit gekannt habe, welche Annahme aber mit der am Schlusse der Stelle gewährten condictio absolut unvereinbar ist. S. über diese Stelle auch noch Sintenis Zeitschr. S. 65 fg., v. Salpius Novation und Delegation S. 127 fg., Lotmar Causa S. 119 fg., [Gradenwitz S. 104 fg., Mitteis Grünhut's Zeitschr. XVII S. 25 fg.].

[19] Für diesen Satz liegt kein Beweis in l. 21 § 1 D. h. t., kein sicherer in l. 4 § 1 D. h. t.; aber ich halte ihn nichtsdestoweniger für unzweifelhaft. Der Grund, weßwegen in den in Note 16—18 erwähnten Fällen der Frau der Schutz des Senatsbeschlusses entzogen wird, ist: weil sie durch die Uebernahme der fremden Verbindlichkeit einen Andern bereichern will; dieser Wille ist im Falle der Schenkung ebenso gewiß, wie in jenen anderen Fällen. Uebereinstimmend Girtanner S. 338 fg., Vangerow § 591 Anm. 1 Nr. 2, Hasenbalg S. 24 fg., Budde und Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI. 51 Nr. 2, [Gradenwitz S. 125], im Resultat auch Sintenis Zeitschr. S. 59 und Civilrecht Anm. 91; während auch der schenkenden Frau die Einrede gewähren Kropp in Heise und Cropp Abhandlungen II Nr. 6, Bachofen S. 18 fg. und das Urtheil des OAG. zu Lübeck (vom Jahre 1828) bei Seuff. Arch. XV. 224, ebenso Dernburg § 84 Note 8. Girtanner und Vangerow machen aber eine Ausnahme für den Fall der cumulativen Intercession, weil in demselben die Erwartung der Frau, selbst nicht zahlen zu müssen, selbst bei Schenkungsabsicht nicht ausgeschlossen sei. Es ist ihnen darin wohl beizutreten, allein nur für das neueste Recht (seit Einführung des beneficium excussionis).

[20] L. 13 C. h. t. „Si foenebris pecunia iuxta fidem veri a creditore tibi data est, sive tota quantitas foenoris sive pars eius in usum mariti processisse proponatur, decreto patrum non adiuvaris, licet creditor causam contractus non ignoraverit". Die Frau hat das Darlehn für den Mann genommen, aber nicht in der Absicht, daß es durch ihn solle zurückgezahlt werden; sie will es vielmehr selbst zurückzahlen, und das Gezahlte dem Manne in Anrechnung bringen (actio negotiorum gestorum). Auch in diesem Falle läuft sie allerdings Gefahr wegen der möglichen Zahlungsunfähigkeit des Mannes. Aber gegen das Sichverlassen auf fremde Zahlungsfähigkeit hat der Senat der Frau eben keinen Schutz gewähren wollen — was in keiner Stelle deutlicher hervortritt, als in l. 19 § 3 D. h. t. — Auch l. 13 C. cit. wird übrigens sehr verschieden ausgelegt (hauptsächliche abweichende Meinungen: Absicht der Frau, den Gläubiger zu täuschen; Absicht der Frau, dem Empfänger zu schenken; das em-

4. Daß die Frau die fremde Verbindlichkeit auch in fremdem Interesse übernommen habe, ist Voraussetzung der Bestimmung des Senatsbeschlusses nicht[23]. Dagegen greift der Senatsbeschluß

5) seinem eigentlichen Sinne gemäß nicht Platz, wenn die Frau durch die Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit keinen Schaden erleidet[24].

Der Uebernahme der Verbindlichkeit durch die Frau selbst steht es gleich, wenn die Frau die Verbindlichkeit durch einen Andern unter Versprechen der Schadloshaltung übernehmen läßt[25].

§ 486.

Auch wenn die im Vorstehenden genannten Voraussetzungen vorhanden sind, und somit der Senatsbeschluß an und für sich Platz greift, kann sich doch die Frau ausnahmsweise auf denselben nicht berufen:

---

pfangene Geld wird nicht zum Darlehn gegeben; es wird nicht zu vermögensrechtlichen Zwecken verwendet). S. Windscheid S. 293 fg., Hasenbalg S. 147 fg., und die daselbst Genannten. Seuff. Arch. I. 214. [Vgl. das bei Gradenwitz S. 81 Note 1 angeführte Beispiel.]

[21] L. 32 D. h. t.

[22] Wie ist es, wenn die Frau irrthümlicherweise die übernommene fremde Verbindlichkeit für eine eigene gehalten hat? Dann hat sie dieselbe gewiß nicht als fremde übernommen, und gemäß des Principes darf ihr nicht geholfen werden. Damit stimmt überein die Entscheidung in l. 26 D. h. t. Aber auch hier, wie in dem Falle der Note 18, hat sich eine entgegengesetzte Auffassung in der römischen Jurisprudenz geltend gemacht, l. 23 D. h. t. („plerique existimaverunt"). Windscheid S. 322 fg. Hasenbalg S. 32 fg. hält auch hier die der Frau günstige Entscheidung für die in der Anwendung zu befolgende. Vgl. noch Girtanner S. 336 Anm. 3.

[23] Dieß wird bewiesen durch l. 17 § 2 D. h. t. (Windscheid S. 303 fg.) und l. 19 § 4 D. h. t. A. M. Hasenbalg S. 63 fg., Brinz 2. Aufl. § 261 Note 6, Bruns Syrisch-römisches Rechtsbuch S. 225. Auf die Aussprüche der Quellen, die Frau hafte nicht, wenn sie „suum negotium gessit" (l. 27 § 2 D. l. 6 pr. C. h. t., l. 1 § 4 D. de pign. 20. 1, vgl. l. 25 § 1 D. l. 22 C. h. t.), wenn sie „in rem suam obligata est" (l. 22 D. h. t.), darf man sich nicht berufen; sie sind zu unbestimmt (vgl. auch § 355 Note 9), und erklären sich vollkommen aus den in Note 13 und 16 fg. geltend gemachten Gesichtspunkten. Nur muß es natürlich feststehen, daß die Frau in der That eine fremde Verbindlichkeit übernommen habe, vgl. Seuff. Arch. XXIX. 30, XXXII. 40.

[24] L. 21 pr. D. h. t. „Si pro aliquo mulier intercesserit, sed in rem eius, quod acceptum est, versaretur, exceptio SC[i] locum non habet; quia non fit pauperior". Oder der eigentliche Schuldner händigt ihr den Betrag der Schuld zum Zweck der Zahlung ein: — neque enim eam periclitari, ne eam pecuniam perdat, cum iam eam habeat", l. 16 pr. D. h. t. S. ferner l. 17 § 2 eod. Windscheid S. 313 fg., Hasenbalg S. 69 fg., [Gradenwitz S. 94].

[25] L. 6 l. 8 § 6 l. 30 § 1 l. 32 § 3 D. l. 15 C. h. t. S. auch l. 29 § 1 D. h. t.

1) wenn der Gläubiger sich in Betreff ihrer Intercession in einem entschuldbaren Irrthum befunden hat[1];

2) wenn die Frau den Gläubiger getäuscht hat[2];

3) wenn sie sich für ihre Intercession hat bezahlen lassen[3];

4) wenn ihre Intercession die Wiederholung einer anderen früher gemachten ist, und seit dieser anderen wenigstens zwei Jahre verflossen sind[4];

5) wenn sie entweder a) ihre Intercession eidlich bestärkt[5] oder b) nach vorangegangener gehöriger Belehrung auf die ihr zustehende Rechtswohlthat speciell verzichtet hat[6];

---

[1] Er hat nicht gewußt, daß er mit einer Frau contrahire, oder nicht, daß er mit einer intercedirenden Frau contrahire. L. 1 C. h. t.; l. 6 l. 32 § 3 D. h. t.; l. 4 pr. l. 11. 12 l. 19 § 5 l. 27 pr. l. 28 § 1 D. h. t.; l. 17 pr. D. h. t. Seuff. Arch. XXXII. 232 und Cit. das., XXXVII. 212 (RG.). § 486.

[2] — „deceptis, non decipientibus, opitulatur (sc. SC^{um}) . . . infirmitas enim foeminarum, non calliditas auxilium meruit“, l. 2 § 3 D. h. t. L. 23 l. 30 eod., l. 5. 18 C. h. t. Im Falle der Täuschung wird der Frau nicht geholfen selbst wenn der Irrthum des Gläubigers ein unentschuldbarer war. Windscheid S. 316—319. Hasenbalg S. 33 fg. nimmt an, daß die bloße Täuschungsabsicht, auch wenn dadurch ein Irrthum des Gläubigers gar nicht hervorgerufen worden sei, der Frau den Schutz des Senatsbeschlusses entziehe.

[3] L. 23 pr. § 1 C. h. t., in welcher Stelle übrigens Justinian den bezeichneten Satz nicht sowohl neu eingeführt, als vielmehr nur von Zweifeln und Distinctionen der älteren Jurisprudenz befreit hat. Die Frau, welche sich die Unterstützung des Schuldners durch ihren Credit abkaufen läßt, muß den Schaden des Geschäftes nehmen, wie sie den Vortheil davon hat; sie schließt ein gewagtes Geschäft ab. Seuff. Arch. XXXII. 136. In dem Aufsatz im Arch. für civ. Pr. S. 299 habe ich diesen Satz mit dem Princip des Senatsbeschlusses in Verbindung gebracht: ebenso Girtanner S. 336, Hasenbalg S. 80, Vangerow S. 165. 180 (7. Aufl. S. 148. 161). Dawider Arndts § 341 Anm. Nr. 1.

[4] L. 22 C. h. t., von Justinian: — „sibi imputet, si quod saepius cogitare poterat et evitare, non fecit, sed ultro firmavit; videtur enim ex huiusmodi temporis prolixitate non pro aliena obligatione se illigare, sed pro sua causa aliquid agere“. S. auch Nov. 61 c. 1 § 1. Windscheid Diss. de valida mulierum intercessione (1838) p. 40 sqq., Vangerow § 581 Anm. 1 Nr. 8, Sintenis Sell's Jahrb. S. 356 fg. und Civilrecht Anm. 97, Girtanner S. 347—350.

[5] Nach einem nicht zu bestreitenden, sich an c. 9 X. de iurei. 2. 24 anlehnenden Gewohnheitsrecht. Vgl. I § 83a Note 6 a. E. Girtanner S. 273 fg. 351, Holzschuher III § 314 Nr. 8 und S. 1028; Seuff. Arch. VII. 178, XIII. 249, XX. 128. S. noch Buchka u. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock II S. 193 fg. 204 fg.

[6] Für diesen Satz spricht eine feststehende Praxis. Ob er bereits im römischen Recht anerkannt ist, ist äußerst bestritten. M. E. enthalten die Stellen, auf welche man sich berufen hat (l. 30 pr. l. 31 l. 32 § 4 D. h. t., l. 22 C. h. t., l. 3 C. quando mul. 5. 35, Nov. 118 c. 5), ein Zeugniß für diesen Satz nicht. Noch das meiste Gewicht hat l. 32 § 4 cit.; aber das in dieser Stelle erwähnte Versprechen hat Solutionscharakter. Vgl. überhaupt Girtanner S. 263 fg.

6) wenn sie zu Gunsten der Bestellung einer Dos intercedirt hat[7];

7) wenn der Intercessionsgläubiger minderjährig und der eigentliche Schuldner zahlungsunfähig ist[8];

8) wenn die Frau als Handels- oder Gewerbsfrau oder in ihrer Eigenschaft als Mitglied einer Erwerbs- oder Wirthschaftsgenossenschaft intercedirt hat[9].

Endlich liegt 9) eine Ausnahme von der Regel auch in der Gültigkeit des Verzichtes auf einen Pfandvorzug[10].

§ 487.

Eine Verbindlichkeit, welche entgegen den hier aufgestellten Regeln eingegangen worden ist, ist zwar nicht nichtig, aber die Frau kann sich derselben gegenüber durch eine Einrede schützen[1], nach römischem und früherem gemeinen Recht noch in der Executionsinstanz[2], nicht mehr nach Reichsrecht[2a]. — Leistet die Frau in Kenntniß ihrer Einrede dennoch, so wird ihr weiterer Schutz nicht gewährt; das irrthümlicherweise Geleistete kann sie zurückfordern[3]. — Hat die Frau durch

364 fg., Holzschuher a. a. O. Nr. 14, und die daselbst Citirten; auch Windscheid Arch. S. 302. Seuff. Arch. XV. 224.

[7] L. 12 l. 25 C. h. t. Windscheid l. c. p. 44—46, Girtanner S. 346. 347. — Nach römischem Recht war auch die Intercession pro libertate verbindlich für die Frau, l. 24 C. h. t.

[8] L. 12 D. de minor. 4. 4. Girtanner S. 346.

[9] HGB. Art. 6 Abs. 2. Reichsgesetz 4/7 68 § 12 Abs. 4. Reichsgesetz 21/6 69 § 11. Für Handelsfrauen galt die Ausnahme schon vor dem HGB., nach einem sicheren Gewohnheitsrecht. Vangerow S. 170 (7. Aufl. S. 152), Girtanner S. 351, Holzschuher a. a. O. Nr. 12, Thöl Handelsrecht I § 50 zu Note 10. S. noch Cropp in Heise und Cropp Abhandl. I Nr. 1 („von der Verpflichtung verheiratheter Frauenzimmer als Handelsfrauen").

[10] S. 485 Note 8. 8a.

§ 487. [1] Von der exceptio SC[i] Velleiani ist in zahlreichen Stellen unserer Quellen die Rede. Nichtigkeit der Obligation der Frau behauptet aus sehr unzureichenden Gründen Fuhr a. a. O. (§ 485 bei *) S. 70 fg.; dawider Sintenis Sell's Jahrb. S. 343 fg. Lehrb. § 129 Anm. 79.

[2] L. 11 D. de SC. Mac. 14. 6. Wetzell Civilpr. § 47 Note 123. Vgl. auch Fuhr a. a. O. Nr. 5.

[2a] CPO. § 686.

[3] L. 40 pr. D. de cond. ind. 12. 6, l. 8 § 3 D. l. 9 C. h. t. — Läßt die Frau sich unwissentlich einem Dritten delegiren, so ist es der Regel gemäß, daß sie nur ein Rückforderungsrecht gegen den vermeintlichen Gläubiger, nicht aber Einrede und Rückforderungsrecht gegen den Dritten habe (§ 412 Note 10). Dieses der Regel Gemäße ist auch anerkannt in l. 8 § 2 D. h. t. Eine andere in der römischen Jurisprudenz vertretene Meinung gab aber der Frau für den Fall, wo sie dem Gläubiger des vermeintlichen Gläubigers, und zwar zum Versprechen, nicht zur Zahlung, delegirt worden war, die exceptio SC[i] Velleiani auch gegen den Delegatar, weil nämlich auch in der Verpflichtung ihm gegenüber eine Inter-

Pfandbestellung intercedirt, so gestaltet sich die Berufung auf den Senatsbeschluß zur Gegeneinrede gegen die Einrede der Verpfändung. Auch gegen denjenigen, an welchen der Pfandgläubiger die Pfandsache verkauft hat, kann sie ihr Eigenthumsrecht noch geltend machen[4]. — Auch ein Dritter kann sich auf den Senatsbeschluß dann berufen, wenn durch seine Leistung eine Intercessionsobligation für die Frau erst zu Stande kommen[5] oder die Frau zur Erfüllung einer Intercessionsobligation indirect genöthigt werden würde[6]. — Die Befreiung der Frau hat zur Folge, daß der Gläubiger einen Anspruch gegen den eigentlichen Schuldner wiedererhält oder erhält[7].

2. Spätere Aenderungen[1].

§ 488.

Nach Justinian's Vorschrift soll:

1) die Intercession der Frau in einer öffentlichen Urkunde er-

cession liege. Dieser Grund ist aber falsch (s. § 485 Note 18), und so wird die bezeichnete Meinung denn auch verworfen von Marcellus und Ulpian in l. 8 § 2 D. h. t., während sie als maßgebend vorgetragen wird von Paulus in l. 19 D. de nov. 46. 2. Bei dem Widerspruch beider Stellen heben sie sich gleichzeitig auf, und es besteht für uns kein Hinderniß, nach dem Princip zu unterscheiden.

[4] L. 32 § 1 D. l. 7 C. h. t., l. 39 § 1 l. 40 D. de R. V. 6. 1. Vgl. auch l. 32 § 2 D. h. t. (§ 485 Note 5). L. 7 C. cit.: — „vendendo eum mulieri dominium auferre nequivit". L. 40 D. cit.: — „nullum pignus creditor vendidisse videtur". [Gradenwitz S. 291 fg.]

[5] So der von der Frau zur Intercession Beauftragte, l. 6 l. 7 l. 30 § 1 l. 32 § 3 D. l. 15 C. h. t., l. 19 § 5 D. h. t.; ferner derjenige, welcher, von der Frau um ein Darlehn zu Gunsten eines Dritten angegangen, auf Grund ihrer Weisung die betreffende Summe dem Dritten versprochen hat, l. 19 § 5 D. h. t. Das richtige Verständniß der letzteren, viel besprochenen und vielfach mißverstandenen Stelle hängt davon ab, daß man das Wort postea („quae postea non recte comparari ait") faßt = post scientiam. Vgl. über diese Stelle die bei Vangerow § 581 Anm. 1 Nr. 5 a. E. Citirten und diesen selbst, Hasenbalg S. 91 fg.

[6] L. 8 § 4 D. h. t., l. 19 § 5 eod. (*vv.* respondit videndum).

[7] L. 1 § 2 D. h. t. „Aequum autem visum est, ita mulieri succurri, ut in veterem debitorem, aut in eum, qui pro se constituisset mulierem ream, actio daretur . .". L. 8 § 7—13 l. 9 l. 13 § 1. 2 l. 14 l. 20 l. 24 § 2. 3 l. 29 pr. l. 32 § 5 D. l. 8. 16 C. h. t., l. 12 D. de min. 4. 4; l. 8 § 14. 15 D. h. t. Für den dem Gläubiger zurückgegebenen Anspruch kommt in den Quellen der Ausdruck actio restitutoria, auch rescissoria, vor; von dem neu gegebenen heißt es: „actio quae instituit magis, quam restituit obligationem" (l. 8 § 14 D. h. t.), weßwegen die Neueren institutoria actio sagen. Zu l. 13 § 1 D. h. t. cit. vgl. I § 249 Note 5. 6; l. 29 pr. D. l. 8 C. citt. enthalten eine Anomalie (Bachofen S. 37). Vgl. überhaupt Bachofen S. 35 fg., Voigt cond. ob causam S. 791 fg., und über die actio institutoria speciell Hasenbalg S. 178 fg.

[1] Auch im Vorhergehenden sind bereits Bestimmungen angeführt worden, § 488.

richtet werden[2]. Ist diese Form beobachtet, so behalten die in §§ 486 und 487 entwickelten Grundsätze ihre Geltung[3]. Ist sie nicht beobachtet, so ist die Intercession nichtig[4], und von den in § 486 aufgeführten Ausnahmen fallen die unter Ziff. 5. b und 7 bezeichneten weg[5].

---

welche nicht auf dem Senatsbeschlusse, weder direct noch indirect, beruhen (s. § 486 Note 4—7. 9 und vgl. auch Note 3); aber dieselben fügen sich dem Systeme des Senatsbeschlusses unmittelbar ein. Eine viel größere Abweichung enthalten die in diesem § genannten Bestimmungen, weßwegen es zweckmäßig erscheint, von ihnen abgesondert zu handeln.

[2] L. 23 § 2 C. h. t. Justinian selbst verlangt Errichtung „instrumento publice confecto *et a tribus testibus subsignato*". Aber „die römische Sitte, auch zu der gerichtlichen Errichtung von Urkunden noch Zeugen zuzuziehen, welche dieselben mit unterschrieben, ist . . . gegenwärtig ganz außer Gebrauch und die heutigen Notariats-Documente bedürfen nur der Zuziehung zweier Zeugen. Bei uns genügt daher für die Form der Intercession der Frauenzimmer . . eine einfache gerichtliche Urkunde ohne Zeugen, oder ein Notariats-Document mit zwei Zeugen". Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock II S. 202. S. auch Girtanner S. 260. 357. 358.

[3] L. 23 § 2 cit.: — „tunc enim tantummodo eas obligari (s. Note 4), et sic omnia tractari, quae de intercessionibus foeminarum vel veteribus legibus cauta vel ab imperiali auctoritate introducta sunt". Die Ansicht (Valett Lehrbuch des Pandektenrechts § 584, Kattenhorn a. a. O. S. 172 fg.), daß bei Beobachtung der Form die Intercession unbedingt, nicht bloß in den § 486 genannten Ausnahmefällen, gültig sei, steht mit diesen Worten des Gesetzes in directem Widerspruch. S. auch Sintenis Sell's Jahrb. II S. 366 fg., Girtanner S. 259. 352, Vangerow S. 175 (7. Aufl. S. 456).

[4] Nicht bloß durch Einrede entkräftbar — so daß also der Richter die Klage des Intercessionsgläubigers von Amtswegen zurückweisen muß. L. 23 § 2 cit. „Sin autem extra eandem observationem mulieres susceperint intercedentes, pro nihilo habeatur huiusmodi scriptura vel sine scriptis obligatio, tamquam nec confecta nec penitus scripta, ut nec SCi auxilium imploretur, sed sit libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto".

[5] Daß die a. a. O. unter Ziff. 3 angeführte Ausnahme ihre Geltung behalte, hat Justinian in der genannten l. 23 (pr. § 1) ausdrücklich bestimmt. Wie verhält es sich aber mit den übrigen Ausnahmen, welche Justinian vorfand, und von denen er nichts sagt? Hierüber ist seit der Zeit der Glossatoren Streit. Es sind drei verschiedene Meinungen aufgestellt worden. a) Auch diese übrigen Ausnahmen dauern sämmtlich fort; die Neuerung Justinian's besteht nur darin, daß bei Nichtbeachtung der Form statt Anfechtbarkeit Nichtigkeit eintreten soll. b) Es dauert keine von den bezeichneten Ausnahmen fort, so daß also bei Mangel der gehörigen Form die Frau nicht einmal im Falle des Betruges haftet. c) Es ist zwischen den verschiedenen Ausnahmen zu unterscheiden. S. die Citate bei Girtanner S. 259—262, Vangerow § 581 Anm. 2, auch diese Schriftsteller selbst: Girtanner S. 351 fg., Vangerow S. 173 fg. (7. Aufl. S. 155 fg.); ferner Hasenbalg S. 281 fg., auch Brinz 2. Aufl. § 263 Note 6—8. Seuff. Arch. XXXII. 232. Die erste Meinung war früher die herrschende, und auch ich habe sie in der in § 486 Note 4 genannten Dissertation p. 47 sqq. zu vertheidigen gesucht; aber ich zweifele jetzt sehr an ihrer Haltbarkeit. Die zweite Meinung führt zu dem unerträglichen zuvor bezeichneten Resultat, und wird sich da-

2. Die Intercession einer Ehefrau für ihren Ehemann ist selbst dann nichtig, wenn die zuvor bezeichnete Form beobachtet worden ist[6],

her nie bleibender Gunst erfreuen. Die dritte Meinung, welcher hier der Vorzug gegeben worden ist, motivirt sich folgendermaßen (s. namentlich Girtanner a. a. O.). Es ist anzunehmen, daß Justinian nur solche Intercessionen im Auge gehabt hat, welche sich als Intercessionen, und Intercessionen einer Frau, sofort ankündigen. Es ist dieß um so mehr anzunehmen, als Justinian sich in seinem Gesetze auch an die Gläubiger wendet, und diesen die Beobachtung der vorgeschriebenen Form einschärft („nisi instrumento publice confecto . . . accipiant homines a muliere pro aliis confessionem“, „sin autem extra eandem observationem mulieres susceperint intercedentes“): wie kann man von Jemandem verlangen, daß er einer Vorschrift nachkomme, wenn er gar nicht weiß, daß der Fall vorliegt, in welchem die Vorschrift Platz greift? Hiernach bleibt also die Ausnahme unter Ziff. 1 (Irrthum des Gläubigers), deßwegen aber um so mehr die unter Ziff. 2 (Täuschung durch die Frau), aufrecht. Die Ausnahme unter Ziff. 4 (Wiederholung der Intercession nach zwei Jahren) bleibt deßwegen bestehen, weil das betreffende Gesetz (l. 22 C. h. t.) nicht sowohl durch die Wiederholung die frühere Intercession gültig werden läßt, als vielmehr die wiederholende Intercession für gültig erklärt (§ 486 Note 4 — wohl gemerkt: Schriftlichkeit der wiederholenden Intercession wird hierbei vorausgesetzt). Die Ausnahme unter Ziff. 6 ist späteren Ursprungs, als die l. 23 cit., und wird daher von derselben nicht berührt. Vgl. in dieser Beziehung gegen Vangerow § 581 Anm. 2 Nr. 4, Girtanner S. 357. Was die gewohnheitsrechtlichen Ausnahmen von der Ungültigkeit der Intercession der Frauen betrifft, so ist man darüber einverstanden, daß eidliche Bestärkung (vgl. Seuff. Arch. I. 344, XIII. 249), und war man darüber einverstanden, daß die Eigenschaft der Frau als Handelsfrau auch den Mangel der Form decken. In Betreff der letzteren s. jetzt HGB. Art. 6 Abs. 2; auch die anderen § 487 Note 9 genannten Reichsgesetze drücken sich allgemein aus. Dagegen hat sich eine feste Meinung für die gleiche Kraft des Verzichtes nicht gebildet, vgl. Glück XV S. 47; Seuff. Arch. XV. 224 (S. 394). Sieht man die Wirksamkeit des Verzichtes als bereits im römischen Recht begründet an (§ 486 Note 6), so ist zu sagen, daß nach dem oben Ausgeführten diese Ausnahme durch l. 23 cit. aufgehoben worden ist.

[6] Nov. 134 c. 8 und daraus Auth. *Si qua mulier* C. h. t.

[7] Der unmittelbare Inhalt der Novelle in Betreff der ausnahmsweisen Gültigkeit der Intercession der Ehefrau ist der, daß die Intercession nur dann gültig sein solle, wenn „manifeste probetur, quia pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sunt“, und daß sie speciell nicht gültig sein solle, wenn sie auch noch so oft wiederholt werde. Das Erste ist hier unter den Ausnahmen von der Ungültigkeit der Intercession deßwegen nicht mit aufgeführt worden, weil in dem bezeichneten Fall (mag man ihn sich so denken, daß das Geschäft von Anfang an zum Nutzen der Frau geschlossen wird, oder so, daß hinterher das durch dasselbe Erlangte in ihren Nutzen verwendet wird) eine wirkliche, eine unter die Senatsvorschrift fallende Intercession gar nicht vorliegt (§ 485 Ziff. 2 und 5). Als wirkliche Ausnahmefälle müssen aber anerkannt werden, trotzdem daß die Novelle sie nicht ausdrücklich nennt, der Fall der Unwissenheit des Gläubigers und der Fall des Betruges der Frau. Daß Justinian bei seiner Vorschrift nur solche Intercessionsfälle im Auge gehabt hat, in welchen die Intercession als solche offen hervortritt, ist hier noch viel unzweifelhafter als bei der l. 23 § 2 C. h. t. (Note 5); denn Justinian spricht hier gar nicht von Intercession im Allgemeinen, sondern von dem Beitritt der Frau zu einer vom Manne

und von den in § 486 genannten Ausnahmen gelten hier nur die unter Ziff. 1. 2. 5. a und 8 aufgeführten[7].

---

ausgestellten Darlehnsurkunde, so daß es sogar zweifelhaft erscheinen könnte, ob nicht die Vorschrift der Novelle ganz auf diesen speciellen Intercessionsfall zu beschränken sei. Dagegen müssen die übrigen zur Zeit der Novelle geltenden Ausnahmen von der Ungültigkeit der Intercessionen der Frauen als durch die Novelle beseitigt angesehen werden. Zwar ist auch hier die Ansicht, daß die Novelle diese Ausnahmen gar nicht berühre, aufgestellt (Girtanner S. 277. 278) und früher auch von mir vertheidigt worden (in der angeführten Dissertation p. 52 sqq.); aber diese Ansicht ist der Novelle gegenüber wohl ebensowenig haltbar, wie gegenüber der Codexstelle. Was die späteren gewohnheitsrechtlichen Ausnahmen angeht, so ist man darüber einverstanden, daß eidliche Bekräftigung auch die Ehefrau haftbar macht, nicht dagegen der gewöhnliche, nicht eidliche, Verzicht. Vgl. überhaupt Girtanner S. 278 fg. 358 fg., Vangerow § 581 Anm. 3, Brinz 2. Aufl. S. 243, und über die Frage des Verzichtes speciell Buchka und Budde Entscheidungen ꝛc. II S. 188 fg., Bl. f. RAnwend. zunächst in Bayern XXXIV S. 380 fg. Vgl. das. XXXV S. 33 fg. 49 fg. In Betreff der reichsgesetzlichen Ausnahmen gilt das Gleiche wie zu Ziff. 1 (die Verhaftung der Handelsfrau stand schon früher fest). — Daß eine Ehefrau, welche mit ihrem Manne zusammen ein Darlehn aufnimmt, und darüber eine gemeinschaftliche Urkunde ausstellt, sich nicht ohne Weiteres auf die Novelle berufen kann, hätte nie bestritten werden sollen. Vgl. über diese Frage Vangerow a. a. O. Nr. 2. b und die daselbst Angeführten, Girtanner S. 358 Note 32, Burckhard die civilistischen Präsumtionen S. 237—249, Brinz 2. Aufl. S. 241—243. Uebereinstimmend mit dem hier Gesagten Seuff. Arch. XVII. 38; dawider XII. 272, XXXIII. 127. 233. Vgl. auch VII. 179. 180, XIII. 143.

Fünftes Buch.

Familien-Recht.

Erstes Kapitel.

Die Ehe.

I. Begriff, Begründung, Beendigung.

§ 489.

Die Ehe ist die Verbindung von Mann und Weib zu ungetheilter Lebensgemeinschaft. Dieser Begriff der Ehe ist bereits im römischem Recht in voller Reinheit anerkannt[1].

Die Begründung und Beendigung der Ehe steht heutzutage gemeinrechtlich nicht unter den Grundsätzen des römischen Rechts, sondern unter den Grundsätzen des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 und des canonischen Rechts[2].

Ebenso muß die nähere Darstellung der Lehre von dem, der Ehe möglicherweise vorhergehenden, Eheversprechen (Verlöbniß) der Disciplin des canonischen Rechts überlassen bleiben[3].

---

[1] L. 1 D. de R. N. 23. 2. „Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio". § 1 I. de patr. pot. 1. 9. „Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam vitae consuetudinem continens". Vgl. c. 3 C. XXVII qu. 2. „Individua . . consuetudo est, talem se in omnibus exhibere viro, qualis ipsa sibi est, et e converso". § 489.

[2] Form der Eheschließung: Erklärung vor dem Standesbeamten in Gegenwart von zwei Zeugen und Ausspruch des Standesbeamten, daß die Ehe zu Stande gekommen sei. Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 41 fg. Ehehindernisse: das. § 33 fg. Andere als die hier genannten Ehehindernisse gelten nicht mehr: das. § 39. Dagegen bleibt, was die Folgen einer trotz eines Ehehindernisses abgeschlossenen Ehe angeht, maßgebend Landesrecht, also gemeinrechtlich das canonische Recht: § 36. Ueber die Ehescheidungsgründe bestimmt das Reichsgesetz nicht: es gilt also in dieser Beziehung das canonische Recht gemeinrechtlich fort. Dagegen enthält das Reichsgesetz die Bestimmung, daß nur auf Lösung der Ehe, nicht auf (beständige) Trennung von Tisch und Bett erkannt werden kann: § 77. Vgl. Seuff. Arch. XXXII. 52.

[3] Nach römischem Recht war das Verlöbniß (sponsalia) nicht bindend, und

II. Rechtliche Bedeutung.

A. Persönliches Verhältniß der Ehegatten.

§ 490.

Die Ehe ist nicht allein, und ist nicht zunächst, ein Rechtsverhältniß; sie ist zunächst ein sittliches Verhältniß. Als solches tritt sie mit einer fertigen Ordnung in das Rechtsgebiet ein, und die Aufgabe der Rechtsordnung kann im Ganzen und Großen keine andere sein, als die, die von dem Sittengesetz geforderte Gestaltung des ehelichen Verhältnisses, so weit sie es vermag, zur äußeren Erscheinung zu bringen. Im Einzelnen gehört hierher Folgendes[1].

1. Ehegatten haben gegen einander einen gerichtlich verfolgbaren Anspruch auf eheliches Zusammenleben[2]. Hartnäckige Verweigerung des ehelichen Zusammenlebens[3] ist bei den Protestanten Scheidungsgrund[4].

---

konnte nicht einmal durch Conventionalstrafe bindend gemacht werden (l. 1 l. 5 i. f. C. de spons. 5. 1, l. 71 § 1 D. de cond. 35. 1, l. 134 pr. D. de V. O. 45. 1); doch verlor derjenige, welcher das Verlöbniß brach, zur Strafe die arrha sponsalicia bez. ihren Werth (l. 5 C. de spons. 5. 1, vgl. l. 3 eod., l. 54 § 2—4 [56 pr.] C. de ep. et cler. 1. 3, l. 16 C. de ep. aud. 1. 4). Das canonische Recht dagegen gestattet eine Klage auf Vollziehung des Verlöbnisses, freilich für den Fall der Weigerung nur kirchliche Zwangsmittel (c. 10. 17. 22 X. de spons. 4. 1); nach der heutigen Praxis wird in diesem Fall auf eine Entschädigung erkannt. Vgl. Pfeiffer prakt. Ausführungen VIII S. 404 fg., Glück XXIII S. 90, Richter Kirchenrecht § 289 Note 20 fg., Stobbe IV § 210. Seuff. Arch. VI. 208. 209, VII. 59, XIII. 35, XVIII. 256, XXX. 36, XXXIX. 215. 310; vgl. V. 293. 294, IX. 164, XII. 311, XVI. 50, XVIII. 143. 255, XIX. 111, XXII. 243, XXVII. 37, XXXI. 146, Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1867 Nr. 10. Daneben besteht aber auch die römische Strafe des Verlustes der arrha sponsalicia (des Mahlschatzes) noch fort. Glück XXIV S. 411, Schott die donatio propter nuptias S. 27 fg., v. Jagemann die Draufgabe S. 78 fg. Vgl. § 325 Note 4. Die CPO. § 774 Abs. 2 schließt (zwar nicht die Verurtheilung zur Eingehung der Ehe, wo sie nach Landesrecht zulässig ist, wohl aber) Zwang zur Eingehung der Ehe ausdrücklich aus.

§ 490. [1] Das ältere römische Recht kannte in der manus eine Gestaltung des ehelichen Verhältnisses, in welcher dasselbe reines Rechtsverhältniß war. Aber das Rechtsbewußtsein des römischen Volkes hat sich früh von der manus abgewendet; im Justinianischen Recht ist sie spurlos verschwunden.

[2] Nicht nach römischem Recht, wegen der unbedingten Freiheit der Ehescheidung. Für das heutige Recht s. Seuff. Arch. I. 237, IV. 126, VIII. 143, XVI. 52. 54, XVIII. 257, XX. 43, XXI. 129, XXVI. 39. 134, XL. 52, [XLIV. 107 (RG.), XLV. 102]; XIII. 38, XXXII. 325. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1865 S. 390 fg. Vgl. Holzschuher I § 55 Nr. 10—12. CPO. § 774 Abs. 2 und Einführungsgesetz zur CPO. § 16 Ziff. 6 verweisen in Betreff der Erzwingung des ehelichen Lebens auf das Landesrecht.

[3] Seuff. Arch. VII. 133. „Zur Vollstreckung eines rechtskräftigen Urtheils auf Rückkehr zu den Ehegatten können zwar mäßige Strafen eintreten; sie dürfen

2. Die Verletzung der ehelichen Treue ist in ihrer schwersten Form, der des Ehebruches, Scheidungsgrund, und wird gestraft.

3. Auf der Anerkennung der Pflicht der Ehegatten zur Liebe gegen einander beruhen die Rechtssätze: daß ein Ehegatte gegen den andern keinen Strafanspruch erheben kann[5]; daß den Ehegatten gegen einander die Rechtswohlthat der Lebensnothdurft zusteht[6], selbst im Falle des Verzichtes[7]; daß die Frau von dem Manne keine Sicherheit für ihre Dos fordern darf[8]; daß Ehegatten nicht zum Zeugniß gegen einander genöthigt werden können[9].

4. Die Frau ist dem Manne Gehorsam schuldig[10]; richterliche Hülfe wird aber dem Manne zu diesem Ende nicht gewährt[11]. Doch ist die übergeordnete Stellung des Mannes ferner noch anerkannt in den Rechtssätzen: daß der Mann Rang und Stand und das Domicil der Frau bestimmt[12], und daß er in der Person der Frau injuriirt wird[13].[14]

---

aber ebensowenig, wie bei einem Urtheil auf Eingehung der Ehe bis zu unbedingter Nöthigung gesteigert werden, um die Wiedervereinigung und die Fortsetzung der factisch getrennten Ehe zu erzielen". Ebenso das. XX. 230; s. auch III. 67.

[4] Walter Kirchenrecht § 314. 316, Richter Kirchenrecht § 286. 287 (7. und 8. Aufl.), [Friedberg Kirchenrecht § 160].

[5] L. 2 C. rer. amot. 5. 21, l. 17 D. de servo corr. 11. 3. Seuff. Arch. XIII. 264, XIV. 137. Das römische Recht schließt auch actiones famosae aus, l. 2 C. cit., l. 1 i. f. C. de I. D. 5. 12. Ueber die actio rerum amotarum s. § 454 Note 24. [Zulässigkeit der Spolienklage: Seuff. Arch. XLI. 261 (RG.).]

[6] S. § 267 Ziff. 3.

[7] L. 14 § 1 D. sol. matr. 24. 3.

[8] Cod. 5. 20 ne fideiussores dotium dentur. S. aber c. 7 X. de don. i. v. e. u. 4. 20. Glück XXVII. S. 231 fg., Girtanner Bürgschaft S. 144. 145, Dernburg Pfandr. I S. 381 Note 4.

[9] CPO. § 348 Ziff. 2, StrPO. § 51 Ziff. 2. Ueber das frühere gemeine Recht vgl. Bayer Vorträge S. 794.

[10] C. 12 sqq. C. XXXIII qu. 5; vgl. l. 14 i. f. D. sol. mat. 24. 3, l. 48 D. de op. lib. 38. 1. Dienste? Vgl. Brinz 1. Aufl. S. 1214 Nr. 4, Roth II § 91 Note 128.

[11] Abgesehen von dem Falle der Note 2. Auch ein Züchtigungsrecht des Mannes läßt sich gemeinrechtlich nicht begründen. Ueber l. 8 § 2 C. de rep. 5. 17 und Nov. 117 c. 14 s. Glück XXIV S. 383 fg. Deutsches Recht: vgl. Beseler § 134 (4. Aufl. § 122) Note 4, Roth II § 91 Note 125.

[12] L. 13 C. de dign. 12. 1; I § 36 Note 5. CPO. § 17 Abs. 1. Reichsgesetz 6/6 70 über den Unterstützungswohnsitz § 15—17. S. auch Reichsgesetz 1/6 70 über die Erwerbung und den Verlust der Reichs- und Staatsangehörigkeit § 5. 11. 19. 21 Abs. 2.

[13] L. 1 § 3. 9 l. 2 l. 18 § 2 D. de iniur. 47. 10. Vgl. StrGB. § 195. 232.

[14] Nach römischem Recht wurde der Ehemann auch in Processen der Frau als ihr Vertreter ohne Vollmacht gegen Sicherheit zugelassen. Heutzutage ist

5. Gegen den Dritten, welcher die Frau gegen ihren Willen zurückhält, hat der Mann ein Klagerecht auf Herausgabe[15].

B. Einfluß der Ehe auf die Vermögensverhältnisse der Ehegatten.

Uebersicht.

§ 491.

Den durch die Ehe verursachten Vermögensaufwand hat der Mann zu tragen[1]. Im Besonderen steht der Frau gegen den Mann ein, im Nothfall gerichtlich verfolgbarer, Anspruch auf Gewährung standesmäßigen Unterhalts zu[2]. Abgesehen hiervon verleiht die Ehe weder der Frau an dem Vermögen des Mannes, noch dem Manne an dem Vermögen der Frau irgend welche Rechte[3]. Doch es ist nahe liegend,

---

nach CPO. § 85 nur einstweilige Zulassung zulässig; vor dem Urtheil muß die Vollmacht beigebracht werden.

[15] Interdictum de uxore exhibenda et ducenda. L. 2 D. de lib. exh. 43. 30, l. 11 C. de nupt. 5. 4. Vgl. Sintenis III § 131 Anm. 13.

§ 491. [1] L. 7 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 20 C. eod. 5. 12, l. 65 § 16 D. pro soc. 17. 1.

[2] Daß der Mann die Verpflichtung habe, die Bedürfnisse der Frau zu bestreiten, wird in den Quellen vielfach anerkannt; s. l. 21 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1 und die übrigen § 509 Note 5 angeführten Stellen. Einer gerichtlichen Verfolgung aber konnte der Mann nach römischem Recht durch die Scheidung entgehen, und deßwegen ist in den Quellen von einer solchen Verfolgung wenig die Rede. Aber s. l. 22 § 8 D. sol. matr. 24. 3: — „Sin autem in saevissimo furore muliere constituta maritus dirimere . . matrimonium calliditate non vult . . . tunc licentiam habeat vel curator furiosae vel cognati, adire iudicem competentem . .“. Vgl. Seuff. Arch. XIV. 87, XXVIII. 228, XXXVIII. 113, [XLII. 306]. Einfluß der Trennung der Ehe: XII. 40, XIII. 146, XXV. 135, XXVI. 38. 243. 244, XXIX. 144. 245, XXXIV. 308, XXXV. 36. 218, XXXVIII. 113. 317. 319 (RG. Entsch. VIII S. 184), XL. 117 (RG.). 212. Stobbe IV § 216 Nr. 5. [Dernburg II § 26 Note 7 (8).] S. auch unten § 493 Note 3. — Eine Alimentationspflicht der Frau gegen den Mann geht aus l. 29 C. de I. D. 5. 12, welche man dafür angeführt hat, nicht hervor. Vgl. Sintenis III § 131 Anm. 14. Daß diese Pflicht durch die Praxis eingeführt worden sei, behauptet Buengner zur Theorie und Praxis der Alimentationspflicht S. 176. S. auch Seuff. Arch. XXVII. 267 und Roth II § 91 Note 120.

[3] So das römische Recht. Anders das germanische Recht. Das germanische Recht hat von jeher die durch die Ehe begründete Lebensgemeinschaft auch in der Gestaltung der Vermögensverhältnisse der Ehegatten zum Ausdruck gebracht. Sachsensp. I. 31 § 1. „Man unde wif ne hebbet nein getweiet gut to irme live“. Schwabensp. Kap. 33. „Man unde wip mugen nit gehaben dahein guot gezweihet“. Dieser Grundgedanke ist in den verschiedenen deutschen Particularrechten in verschiedener Weise ausgebildet worden; im Großen aber zeigen sich zwei Hauptrichtungen. Entweder wird das beiderseitige Vermögen nur äußerlich in der Hand des Mannes vereinigt, mit der Befugniß desselben, auch das Vermögen der

daß die Frau dem Manne als Beitrag zu den Lasten der Ehe ein Heirathsgut, eine Dos[4], zubringe (§ 492 fg.). Seinerseits kann der

Frau zu den Zwecken der Ehe zu verwenden (System der Gütereinheit, Gütervereinigung, Güterverbindung, Verwaltungsgemeinschaft); oder es wird aus dem beiderseitigen Vermögen eine rechtlich einige Masse unter der mehr oder minder beschränkten Disposition des Mannes gebildet (System der Gütergemeinschaft). Das erste System ist unter dem Einfluß des römischen Rechts vielfach, und namentlich durch die chursächsische Jurisprudenz, zum System des ehemännlichen Nießbrauchs (usufructus maritalis) umgebildet worden. — Die deutschrechtliche Gestaltung der ehelichen Vermögensverhältnisse ist statistisch genommen auch noch heutzutage in Deutschland die überwiegende; auf keinem andern Punkte hat sich das deutsche Recht in Deutschland ein gleich umfassendes räumliches Herrschaftsgebiet gewahrt. Nichtsdestoweniger muß als das gemeine deutsche Recht auch in dieser Materie das römische Recht angesehen werden. Zwar, wenn man diesen Satz so ausdrückt: daß für das römische Recht die Vermuthung streite, so ist dieser Ausdruck, wie er überhaupt dem Mißverständnisse ausgesetzt ist (vgl. I § 2 Note 2), so namentlich in der vorliegenden Materie ein wenig passender; nirgends mehr, als gerade hier, wird der Richter Veranlassung und Pflicht haben, selbständig zu untersuchen, ob sich nicht auf einem gegebenen Raum eine deutschrechtliche Gestaltung der ehelichen Güterverhältnisse durch Gesetzgebung oder Gewohnheit erhalten habe. Aber deßwegen ist es nicht weniger wahr, daß, wenn diese Untersuchung zu keinem bejahenden Resultate führt, der Richter, wenn er mit dem Satze von der Reception des römischen Rechts als Ganzen (I § 2 Note 3) nicht überhaupt brechen will, kein anderes als eben das römische Recht, zur Anwendung bringen darf. Für welches andere System sollte er sich auch entscheiden? Man hat gesagt: für das System der Gütereinheit. So namentlich Gerber Lehrb. des deutschen Privatrechts § 231 Note 1 in den früheren Ausgaben (noch in der 7., vgl. dens. Jahrb. für Dogm. I S. 239 fg.), und in ausführlicher Erörterung Fr. Rathmann (Obertribunalsrath in Berlin): Einige Worte über eheliches Güterrecht nach heutigem gemeinen Recht in Deutschland, Chemnitz 1859. Aber auch abgesehen davon, daß durch den Ausdruck: System der Gütereinheit doch nur eine allgemeine Richtung der Gestaltung der ehelichen Güterverhältnisse bezeichnet wird, welche im Einzelnen, und namentlich was den Umfang des Rechtes des Ehemannes angeht, eine Reihe von Fragen offen läßt, daß man also in diesem System nicht sowohl eine fertige Theorie hat, als vielmehr nur die Grundlage einer erst zu entwickelnden, bei welcher Entwickelung dem individuellen Ermessen ein nicht unbedeutender Spielraum zufallen wird: so beruht die ganze Meinung auf der Auffassung, daß das System der Gütergemeinschaft eine spätere, mehr oder minder unorganische Veränderung (Gerber sprach in früheren Auflagen von einer „Verunstaltung", s. auch Jahrb. f. Dogm. I S. 271 unten) des ursprünglich in Deutschland allein herrschend gewesenen Systems der Gütereinheit sei, und die Richtigkeit dieser Auffassung ist durch neuere Untersuchungen, um Wenig zu sagen, äußerst zweifelhaft gemacht worden. So namentlich Roth Jahrb. des gem. deutschen Rechts III S. 331 fg., Hänel Zeitschr. f. RGesch. I S. 273 fg., Roth krit. VJSchr. X S. 169 fg. XII. 597 fg. bayr. Civilr. I § 55. deutsches Privatr. II § 101. Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft I S. 39 fg., und die an diesen Orten citirten Schriften, namentlich die Schrift von Schröder Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland, 2 Bde., 1863—1873, und neuestens die tiefgreifenden Erörterungen von Heusler Institutionen des deutschen Privatrechts II § 134 fg. (1886); andererseits Gerber Erörterungen zur Lehre vom deutschen ehelichen Güterrechte, akad.

Mann der Frau eine Widerlage gegen die Dos machen (§ 508). Das nicht zur Dos gegebene Vermögen der Frau ist ihr freies Vermögen oder Paraphernalvermögen (§ 507). — Auf den vermögensrechtlichen Verkehr zwischen den Ehegatten hat die Ehe nur insoweit Einfluß, daß Schenkungen zwischen Ehegatten ungültig sind (§ 509). — Besondere vermögensrechtliche Folgen sind endlich noch angeknüpft an die verschuldete Ehescheidung (§ 510), an die zweite Ehe (§ 511), und an die vorzeitige Wiederverheirathung (§ 512).

1. Von der Dos*.

a. Begriff.

§ 492.

Dos ist eine Vermögensvermehrung, welche dem Manne von Seiten der Frau als Beitrag zu dem ihm aus der Ehe erwachsenden

---

Programm, 1869. Deutsches Privatrecht 15. Aufl. [1886] § 226. 227. Hiernach müßte, wenn man vom römischen Recht abgehen will, für Deutschland ein doppeltes, vielleicht ein mehrfaches gemeines Recht angenommen werden, dessen geographische Abgrenzung im Einzelnen aber den größten Schwierigkeiten unterliegen, und der Thatsache gegenüber, daß auf einem und demselben Gebiete sich Particularrechte der entgegengesetzten Systeme begegnen (vgl. die Uebersicht in dem Aufsatz von Schröder, Verhandl. des 12. deutschen Juristentages I S. 29 fg., namentlich aber jetzt Neubauer das in Deutschland geltende eheliche Güterrecht unter Benutzung amtlicher Materialien [Berlin 1878]), vielleicht unmöglich sein würde. In der That ist aber auch von der Anwendung des römischen Rechts als gemeinen Rechts, wenn sie vernünftig und mit Vorsicht geschieht, keine Schädigung des nationalen Rechtsbewußtseins zu fürchten. Denn die Ehe ist ein so häufig vorkommendes Rechtsverhältniß, daß, wo sich die deutschrechtliche Auffassung der ehelichen Vermögensverhältnisse als wirkliches Rechtsbewußtsein aufrecht erhalten hat, leicht auch eine demselben entsprechende Uebung wird nachgewiesen werden können, und, wo dieß nicht möglich ist, der Schluß gerechtfertigt erscheint, daß es sich nicht sowohl um ein Rechtsbewußtsein, als um eine Stimmung, Neigung, Gefühls- und Gemüthsrichtung handele, welche in ihrer Unbestimmtheit auf keine andere Berücksichtigung Anspruch machen darf, als ihr auf dem Wege der Willensinterpretation füglich verschafft werden kann (§ 494 Note 13). — Das römische Dotalrecht als gemeines Recht erkennen an: Runde eheliches Güterrecht § 42 und die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Eichhorn § 301, Mittermaier § 392 und Roth IV S. 42. Dawider, daß für das römische Recht eine „Vermuthung" streite, erklärt sich das Lehrbuch des deutschen Privatrechts von Bluntschli § 198 Nr. 2 a. E., s. auch Beseler § 138 (4. Aufl. § 126). Ueber die frühere Doctrin und Praxis finden sich Mittheilungen in der oben citirten Schrift von Rathmann S. 116 fg.

[1] Der römische Ausdruck dos wird hier beibehalten, aber als recipirter deutscher („Dos") behandelt. Alle deutschen Ausdrücke, welche man an die Stelle dieses Ausdrucks setzen könnte: Heirathsgut, Eingebrachtes, Mitgift, Aussteuer, würden die Frage offen lassen, nach welchen rechtlichen Grundsätzen das Heirathsgut ꝛc. zu beurtheilen sei, während bei der bunten Mannichfaltigkeit der in Deutschland geltenden ehelichen Güterrechte ein Ausdruck, welcher auf das gerade

Vermögensaufwand zugebracht wird[1]. [2]Wegen dieser Bestimmung der Dos liegt in dem Geben einer Dos keine Schenkung an den

nach römischen Grundsätzen zu beurtheilende Heirathsgut hinweist, wo nicht dringendes Bedürfniß, doch entschiedene Wohlthat ist.

* Dig. 23. 3 Cod. 5. 12 de iure dotium. Die übrigen von dieser Lehre handelnden Titel werden im Verlauf der Darstellung angegeben werden. — Hasse das Güterrecht der Ehegatten nach römischem Recht, 1. (einziger) Band, 1824. v. Tigerström das römische Dotalrecht, 2 Bände, 1831. 1832. Bechmann das römische Dotalrecht, 1. Abth. 1863, 2. Abth. 1867 (im Druck begonnen 1865); über die 1. Abth. s. v. Scheurl krit. VJSchr. VI S. 1 fg. (1864), über die 2. Abth. dens. krit. VJSchr. XI S. 105 fg. 266 fg. 321 fg. (1869). Czyhlarz das römische Dotalrecht. 1870. Glück XXIV S. 425 fg. XXV S. 1—421. XXVII S. 109—454. Unterholzner Schuldverhältnisse II S. 405—482, Sintenis III S. 15—62, Brinz 1. Aufl. S. 1227 fg. (dazu Mandry krit. VJSchr. XII S. 502 fg.). [2. Aufl. III § 472—489, Dernburg III § 13—23]. Rechtshistorischen Inhalts ist die Schrift von M. Voigt: Lex Maenia de dote vom Jahr 568 der Stadt (1866). Darüber Arndts Zeitschr. f. RGesch. VII S. 1 fg., Czyhlarz S. 2 fg.; neuerdings Voigt ius naturale III S. 1182 fg.

[1] Die Bestimmung der Dos, den „onera matrimonii“ zu dienen, wird in vielen Stellen der Quellen hervorgehoben. So namentlich in l. 76 D. h. t.: — „quia, nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est“; l. 16 pr. D. de pec. castr. 49. 17: — „dos . . matrimonio cohaerens oneribus eius ac liberis communibus . . confertur“; s. ferner l. 11 D. de pact. dot. 23. 4, l. 20 C. h. t., l. 56 § 1 D. h. t., l. 46 D. fam. erc. 10. 2, l. 65 § 16 D. pro soc. 17. 2. Ja die dos wird geradezu als Aequivalent der onera matrimonii aufgefaßt, s. Note 4. Nichtsdestoweniger hat Bechmann a. a. O. in Betreff des Verhältnisses der onera matrimonii zum Begriff der Dos eine lebhafte Polemik gegen die „herrschende Auffassung“ erhoben. Bechmann möchte am Liebsten, wenigstens was das classische Recht angeht, die onera matrimonii aus der Begriffsbestimmung der Dos ganz hinauswerfen, und die Dos einfach definiren als „Gabe an den Mann um der Ehe willen“, obgleich er dann freilich hinzufügt: Ehe und Ehelasten seien in diesem Sinne ganz identische Begriffe, wo Ehe, da seien auch Ehelasten, Der Hauptinhalt seiner Ausführung ist folgender. a) Das als Dos Gegebene könne möglicherweise in einem einzelnen Fall gar nicht fähig sein, einen Beitrag zu den Lasten der Ehe zu liefern, z. B. eine nuda proprietas, ein unverzinsliches Forderungsrecht; deßwegen sei es nicht weniger Dos. Aber die herrschende Definition der Dos lautet auch nicht: Dos ist, was Beitrag zu den Ehelasten ist — sondern: Dos ist, was als Beitrag zu den Ehelasten, mit der Bestimmung, Beitrag zu den Ehelasten zu sein, gegeben wird. b) Der Zweck der Dos sei nicht bloß die Gewährung eines Beitrags zur Bestreitung der ehelichen Lasten; die Dos habe bei den Römern ebenso sehr die Bedeutung gehabt, der Frau eine würdige Stellung im Hause des Mannes zu verschaffen; sie sei ferner für die in der Gewalt des Vaters befindliche und in die Manus des Mannes übertretende Frau der anticipirte Antheil am väterlichen Vermögen, für die selbständige Frau das Organ gewesen, durch welches den Kindern ein Antheil am mütterlichen Vermögen verschafft worden sei. Aber was die zuletzt genannten Zwecke angeht, so liegt es auf der Hand, daß sie der Dos durchaus exoterische sind, Zwecke, welche allerdings möglicherweise durch Geben einer Dos, aber ebensogut, ja noch viel unmittelbarer, durch Testament erreicht werden konnten; und die würdige Stellung im Hause des Mannes erlangt die Frau eben dadurch, daß sie dem Manne einen Beitrag zu den Kosten des gemeinschaftlichen Lebens zubringt: die § 492.

Mann[3]; der Mann erhält in der Dos keine Bereicherung, sondern Ersatz für eine Vermögensaufopferung, welche er seinerseits übernimmt[4].[5] Ferner wird durch diese Bestimmung der Dos bewirkt, daß

Dos dient allerdings auch ihren Interessen, aber doch nur dadurch, daß sie zunächst denen des Mannes dient. Vgl. auch Scheurl VI S. 4 fg., Arndts § 395 Anm. 2, Brinz 1. Aufl. S. 1228. [2. Aufl. III S. 690 fg.], Czyhlarz S. 15 fg. 29 fg. — Nicht in die Begriffsbestimmung der Dos gehört — und in dieser Beziehung hat die Polemik Bechmann's Grund — das Moment, daß nach dem Willen des Gebers nur der Ertrag des Gegebenen Beitrag zu den Ehelasten sein solle. Wäre diese Beschränkung des Rechts des Mannes auf den Willen des Gebers zurückzuführen, so müßte dem Geber nach Beendigung der Ehe, oder jedenfalls nach Aufhören der Ehelasten, condictio sine causa (ob causam dati causa finita) zustehen, und davon weiß das römische Recht nichts (vgl. andererseits l. 9 § 3 D. de I. D. 23. 3). Umgekehrt heißt es in l. 1 D. h. t. ausdrücklich: „Dotis causa perpetua est, et cum voto eius qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit" (vgl. Bechmann I S. 17 fg., Czyhlarz S. 20 fg., Scheurl XI S. 115, Brinz 1. Aufl. S. 1214. [2. Aufl. III S. 713]). Die Verpflichtung des Mannes zur Herausgabe des Kapitals der Dos nach Beendigung der Ehe beruht vielmehr auf der Bestimmung des Gesetzes, welches die Dos ergreift, so wie sie gegeben ist. Ebendeßwegen gehört die Verpflichtung nicht in die Begriffsbestimmung der Dos; diese Verpflichtung setzt eine Dos voraus und kann daher eine Dos nicht erst schaffen. Wie aber, wenn ausdrücklich ausgemacht wird, daß der Mann das Eingebrachte definitiv behalten solle: ist auch dann noch eine Dos vorhanden? Jedenfalls fallen dann alle diejenigen Rechtssätze weg, welche sich auf die Herausgabe der Dos beziehen, und damit der wesentlichste Inhalt des Dotalrechts: im Uebrigen aber stehe ich nicht an, die aufgeworfene Frage zu bejahen. Eine solche Gabe ist immer noch eine Gabe um der Ehelasten willen, und daher namentlich nicht als Schenkung zu behandeln (Note 4). Vgl. Bechmann I S. 208. 209, Czyhlarz S. 62 fg.; auf der andern Seite Arndts § 395 Anm. 2.

[2] Vgl. zum Folgenden Hasse S. 383—411, Bechmann I S. 194—220, v. Meyerfeld Lehre von den Schenkungen S. 38—87, Savigny System IV S. 82 vgl. S. 174.

[3] a) L. 21 § 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. b) L. 25 § 1 i. f. D. quae in fraud. cred. 42. 8. c) L. 9 § 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 5 § 5 D. doli exc. 44. 4, l. 41 pr. D. de re iud. 42. 1. d) L. 19 D. de O. et A. 44. 7. e) L. 47 pr. D. mand. 17. 1. f) L. 8 § 13 D. quib. mod. pign. 20. 6. g) L. un. § 4 [1] C. de imponenda lucrativa descriptione 10. 36 [35]. Ueber l. 20 C. de don. a. n. 5. 3 s. Bechmann I S. 201.

[4] Es ist bereits bemerkt worden, daß die Quellen die Dos geradezu als Aequivalent der onera matrimonii auffassen. Es heißt, daß der Mann die Dos „pro oneribus matrimonii" habe (l. 21 § 1 D. don. i. v. e. u. 24. 1); daß er ohne die Dos nicht geheirathet haben würde (l. 25 § 1 i. f. D. quae in fraud. cred. 42. 8, l. 5 § 5 D. de doli exc. 44. 4, l. 9 § 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4); er wird mit einem Gläubiger und gar mit einem Käufer verglichen (l. 25 § 1 cit., l. 19 D. de O. et A. 44. 7, l. 8 § 13 D. quib. mod. pign. 20. 6). Trotzdem sieht Bechmann, der auch hier von seiner Scheu vor den onera matrimonii beherrscht bleibt, den Grund, weßwegen das Geben einer Dos keine Schenkung sei, nicht in dem Mangel der Bereicherung des Mannes, sondern darin, daß die Absicht des Gebers nicht auf eine Bereicherung schlechthin, sondern auf eine Bereicherung zum Zweck des Herstellens einer dotirten Ehe gerichtet sei.

der Bestand der Bestellung der Dos von dem Zustandekommen der Ehe bez. der Gültigkeit der bestehenden abhängig ist[6], entweder nach dem Gesichtspunkt der Voraussetzung oder nach dem der Bedingung[7].

b. Bestellung.

α. Personen. Verpflichtung zur Bestellung.

§ 493.

1. Bestellt wird die Dos dem Manne; möglicherweise, wenn derselbe in väterlicher Gewalt steht, seinem Vater[1].

2. Bestellt wird die Dos entweder von der Frau selbst oder für sie von einem Dritten[2].

Allerdings würde auch dieser Gesichtspunkt hinreichen, den Begriff der Schenkung auszuschließen, wenn auch in der Dos eine Bereicherung für den Mann läge (§ 365 Note 4). — Bei der Dos, welche von der Frau selbst gegeben wird, kommt als Grund, weßwegen sie keine Schenkung ist, hinzu die der Frau obliegende natürliche Verpflichtung zum Geben einer Dos, l. 32 § 2 D. de cond. ind. 12. 6, vgl. § 289 Note 6.

[5] Dagegen liegt in der Bestellung einer Dos durch einen Dritten eine Schenkung an die Frau, oder sie kann wenigstens darin liegen. L. 33 i. f. l. 43 § 1 D. h. t., l. 25 § 1 D. quae in fraud. cred. 42. 8, l. 31 pr. C. h. t., l. un. § 13 C. de rei ux. act. 5. 13, Vat. fr. 305. 306. Vgl. Bechmann I S. 211 fg., Scheurl VI S. 35 fg., Bechmann II S. 36—41, Scheurl XI S. 109 fg. 119 fg., Brinz 1. Aufl. S. 1241. 1250. [2. Aufl. III S. 708 fg.], Czyhlarz S. 54 fg., Lotmar Causa S. 145 fg.

[6] „Neque enim dos sine matrimonio esse potest", l. 3 D. h. t.

[7] L. 7 § 3 l. 9 pr. D. h. t. Für die Voraussetzung (§ 427 Note 12) spricht die Vermuthung, wenn die Dos sofort hingegeben worden ist. L. 8 D. h. t. „Sed nisi hoc evidenter actum fuerit, credendum est, hoc agi, ut statim res sponsi fiant et nisi nuptiae secutae fuerint reddantur". L. 1 § 2. 3 D. pro dote 41. 9. Anders jedoch dann, wenn nicht das Hingegebene selbst, sondern sein Geldwerth Dos sein soll, l. 10 § 4. 5 D. h. t., l. 17 § 1 eod., l. 2 D. pro dote 41. 9, Vatr. fr. 111. Anders auch bei dem Versprechen einer Dos, l. 21 l. 41 § 1 l. 68 D. h. t., l. 36. 37. 80. 83 eod., l. 4 § 2 D. de pact. 2. 14, vgl. § 494 Note 4; ferner bei der Bestellung einer Dos durch Schulderlaß, l. 43 pr. D. h. t., vgl. l. 10 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. Windscheid Voraussetzung S. 146—148, Erxleben condictiones sine causa II S. 92 fg. 486, Bechmann II S. 8—16, Czyhlarz S. 141—148, Scheurl XI S. 108—109.

[1] In diesem Falle hat aber nach dem Tode des Vaters der Mann, soweit er nicht selbst Erbe ist, gegen die Erben des Vaters einen Anspruch auf Herausgabe der Dos. L. 20 § 2 l. 46 l. 51 pr. D. fam. erc. 10. 2, l. 85 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 1 § 9 D. de dote prael. 33. 4 („sive heres institutus esset, familiae erciscundae iudicio, sive non, utili actione"), l. 1 § 13 eod. Bechmann I S. 26 fg. II S. 45 fg. 278 fg., Scheurl VI S. 8 fg. XI S. 113 fg., Brinz 1. Aufl. S. 1229 fg., Czyhlarz S. 17 fg. 23 fg. 321 fg., Mandry das gem. Familiengüterrecht I S. 288 fg. § 493.

[2] „Pro muliere", „nomine mulieris". Vgl. z. B. l. 5 § 11 l. 9 pr. l. 29 l. 44 l. 48 § 1 l. 58 pr. l. 59 § 2 D. h. t. L. 9 C. de pact. conv. 5. 14: — „alio pro ea offerente dotem ipsa eam pro se videtur offere". Vgl.

3. Verpflichtet zur Bestellung einer Dos dem Manne gegenüber ist nur die Frau, und auch sie nur in natürlichem Sinne[3]. Dagegen hat die Frau ihrerseits einen Anspruch auf Gewährung einer Dos: a) gegen ihren Vater und ihre väterlichen Ascendenten[4], eigene Vermögenslosigkeit vorausgesetzt[5]; b) in außerordentlichen Fällen in gleicher Weise gegen ihre Mutter[6]; und endlich kann c) nach einem unzweifel-

---

Buchka Stellvertretung S. 93 fg., Ihering Jahrb. für Dogm. II S. 96 fg., Bechmann II S. 33 fg., Scheurl XI S. 109 fg. — Die von dem Vater oder einem väterlichen Ascendenten der Frau bestellte Dos heißt dos profecticia, jede andere dos adventicia. „Ulp. VI. 3, l. 5 l. 6 pr. § 1 D. h. t., l. 6 D. de coll. 37. 6. Auf väterliche Gewalt kommt es dabei nicht an, l. 5 cit. § 11. Bechmann II S. 423 fg., Czyhlarz S. 313 fg.

[3] L. 32 § 2 D. de cond. ind. 12. 6. S. § 289 Ziff. 3. Erfüllt die Frau, obgleich sie Vermögen hat, diese ihre Verbindlichkeit nicht, so darf der Ehemann seinerseits ihr die Alimentation verweigern; er ist verpflichtet, die onera matrimonii zu tragen, aber nur von seinem in angemessener Weise durch die Frau verstärkten Vermögen.

[4] Zuerst eingeführt durch die lex Iulia et Papia Poppaea für die Tochter unter Gewalt, unter dem Gesichtspunkt daß der Vater durch Verweigerung einer Dos der — nothwendig vermögenslosen — Tochter die Eingehung einer Ehe unmöglich mache. L. 19 D. de R. N. 23. 2. Die spätere Ausdehnung auf emancipirte Töchter ist nicht unbestritten. Einen sicheren Beweis für diese Ausdehnung gewähren allerdings weder l. 6 D. de coll. 37. 6, noch, worauf man sich gewöhnlich beruft, l. 7 C. de dot. prom. 5. 11; doch halte ich für entscheidend, daß auch die der emancipirten Tochter gegebene Dos dos profecticia ist und dem Rückfallsrecht des Vaters unterliegt (oder doch nach classischem Rechte unterlag). Vgl. l. 71 D. de evict. 21. 2. S. auch Nov. 97 c. 5. Hasse S. 348—351, Glück XXV S. 62 fg., Czyhlarz S. 173 fg.

[5] L. 7 C. de dot. prom. 5. 11. Diese Stelle, eine Decision von Justinian, will die Frage entscheiden, wann angenommen werden dürfe, daß die vom Vater gegebene Dos nicht aus seinem Vermögen, sondern aus dem Vermögen der Tochter gegeben sei: sie hätte sich unmöglich so ausdrücken können, wie sie sich ausdrückt, wenn sie davon ausgegangen wäre, daß der Vater unter allen Umständen eine Dos geben müsse. Glück XXV S. 69 fg., Vangerow I § 216 Anm. 1, Sintenis § 132 Anm. 43 (welcher mit Recht auch auf die Analogie der Alimentationsverbindlichkeit des Vaters aufmerksam macht), Czyhlarz S. 173. Seuff. Arch. I. 238, VII. 60, XXXIV. 49 Nr. 1. — Fernere Fragen: 1) Größe der zu gewährenden Dos? L. 60 l. 69 § 4. 5 D. h. t., l. 43 D. de leg. II° 31. Seuff. Arch. VII. 60, XIV. 141, XX. 44, XXXIV. 49 Nr. 3, XXXVIII. 318. 2) Ist der Vater zur Dotation auch bei bereits bestehender Ehe, und ist er auch zur Wiederbestellung einer Dos nach Verlust der ersten verpflichtet? Glück XXV S. 76 fg., Sintenis § 132 Anm. 47, Vangerow I § 216 Anm. 2, Czyhlarz S. 176 fg. Seuff. Arch. XII. 60.

[6] L. 14 C. h. t. „Mater pro filia dotem dare non cogitur, nisi ex magna et probabili causa vel lege specialiter expressa“. Ich glaube nicht, daß als „magna et probabilis causa“ schon erachtet werden darf, wenn die Tochter einfach kein Vermögen hat und auch vom Vater ꝛc. keine Dos zu erlangen ist; sondern es muß irgend ein anderer Umstand hinzukommen, welcher die Verweigerung der Dotirung als eine ganz besondere Lieblosigkeit erscheinen läßt. Czyhlarz S. 175. Vgl. übrigens auch Glück XXV S. 97. 98, Sintenis § 132

haften Gewohnheitsrecht die verführte unbescholtene Jungfrau oder Wittwe von dem Verführer verlangen, daß er sie entweder eheliche oder ihr durch Gewährung einer Dos die Eingehung einer anderen Ehe ermögliche[7].

β. Act der Bestellung.

§ 494.

Bestellt wird die Dos dadurch, daß dem Manne eine Vermögensvermehrung als Beitrag zu dem Eheaufwand (§ 492 Note 1) verschafft und von dem Manne als in diesem Sinne verschafft angenommen wird[1]. Worin die Vermögensvermehrung besteht, ist gleichgültig; eine Dos kann nicht nur durch Verschaffung des Eigenthums[1a]

Anm. 44. Die einzige „causa lege expressa" steht in l. 19 § 3 [1] C. de haer. 1. 5: die nicht rechtgläubige Mutter soll die rechtgläubige Tochter dotiren — und diese Vorschrift ist heutzutage unanwendbar (I § 55). — Ueber die auf Grund von l. 12 § 3 D. de adm. 26. 7 von Manchen gemachte Annahme einer Dotationspflicht des Bruders s. Hasse S. 358 fg., Glück XXV S. 99 fg., Vangerow I § 216 Anm. 1, Arndts § 396 Anm. 3, Czyhlarz S. 175.

[7] Dieses Gewohnheitsrecht gründet sich auf c. 1. 2 X. de adult. 5. 16, welche Stellen aber den bezeichneten Satz nicht enthalten. Denn in der ersten heißt es: „dotabit eam, et habebit uxorem"; die zweite droht bei Verweigerung der Ehe Strafe. Vgl. über das Nähere dieser Lehre Glück XXVIII S. 150—183 und die das. Citirten, ferner Busch Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen gegen ihre Verführer 2c. (1828), Gett die Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft S. 6—84 (1836), Sintenis III S. 26—29, Seuffert Pand. II § 427, Holzschuher I S. 415—428, Stobbe III § 204. Seuff. Arch. I. 230. 231, IX. 163. 164. 295. 296, XIII. 145, XXIII. 140. 141; I. 230. 232, VI. 200, VII. 48. 183, IX. 294, XXIX. 241, XXX. 33; I. 229, IX. 295. 296, XIV. 39. 40, XXX. 33; IX. 164, X. 52, XIII. 316, vgl. IX. 36. — Die zuletzt genannten Urtheile beziehen sich auf die Frage, ob der Anspruch der Verführten auf ihre Erben übergehe? Man hat dieß geleugnet, indem man den Anspruch unter den Gesichtspunkt einer actio vindictam spirans gestellt hat (Kierulff S. 227 Note, Wächter Württemb. Privatrecht II S. 533 Note 53, Köppen Erbrecht S. 178 Note 20); aber diese Auffassung des Anspruchs läßt sich als eine gewohnheitsrechtlich begründete nicht nachweisen. S. Glück a. a. O. S. 170 fg. (welcher selbst aber verlangt, daß die Verführte wenigstens sich über die Absicht der Geltendmachung ihres Anspruchs bei ihren Lebzeiten erklärt habe), Busch § 87. 90, Gett S. 33, Seuffert Note 19, Sintenis Anm. 50 a. E., Stobbe Nr. 5. Von den oben bezeichneten Urtheilen ist nur das erste gegen die Vererblichkeit. — [Ueber die Frage, ob auch der verheirathete Verführer zur Dotirung verpflichtet ist, Böker Magazin für das deutsche R. der Gegenwart VII S. 287 fg.]

[1] Die Bestellung der Dos ist immer ein zweiseitiger Act. Der Ehemann hat als Dos nur, was er als Dos haben will. Man kann nicht sagen, daß ihm Etwas als Beitrag zu dem Eheaufwand zugebracht sei (§ 492), was er nicht als solchen Beitrag angenommen hat. Der aufgestellte Satz wird bewiesen durch l. 46 pr. D. h. t. Scheurl XI S. 113, Czyhlarz S. 178 fg. § 494.

[1a] Der gewöhnliche Fall, s. z. B. l. 7 § 3 D. h. t., l. 47 § 6 D. de pec. 15. 1, Gai. II. 63. Nuda proprietas: l. 4 D. l. 17. 18 C. h. t. — Auch wenn

bestellt werden, sondern namentlich[2] auch: durch Verschaffung eines Rechtes an fremder Sache[3]; durch Verschaffung eines Forderungsrechtes, gegen den Bestellenden[4] oder gegen einen Dritten[5]; durch Befreiung von einer Eigenthumsbeschränkung[6] oder von einer Schuld[7]. Eine Dos kann ferner bestellt werden nicht bloß durch directe, sondern auch durch indirecte Zuwendung[8], und nicht bloß durch Willens-

dem Manne eine bloße bonae fidei possessio verschafft worden ist, greifen die Dotalgrundsätze Platz, l. 12 pr. D. de Publ. 6. 2, l. 6 § 1 D. h. t. Vgl. Hasse S. 241, Bechmann II S. 58—59, Czyhlarz S. 86.

[2] Im Uebrigen vgl. § 365 Abs. 2, Bechmann II S. 49 fg., Czyhlarz S. 91 fg. — Bechmann S. 54, Scheurl S. 114, Brinz 1. Aufl. S. 1252 behaupten, daß eine Dos nur durch Verschaffung von Rechten, nicht durch Einräumung factischer Vortheile, z. B. Gewährung einer unentgeltlichen Wohnung, bestellt werden könne. Ich bin anderer Meinung. Bechmann beruft sich auf die causa perpetua der Dos; s. dagegen § 492 Note 1 a. E. Scheurl, welcher den Grund Bechmann's verwirft, macht geltend, daß die Dos ihrem Begriffe nach ein Kapital sei, welches bei unversehrtem Bestande Erträgnisse abwerfe. Auch das halte ich für irrig. Daraus, daß, wenn ein Kapital Dos ist, der Mann nur den Genuß hat (wirthschaftlich gedacht), folgt nicht, daß nur ein Kapital Dos sein kann. Der Mangel der Rückgabeverpflichtung schließt den Begriff der Dos nicht aus, wie schon oben (§ 492 Note 1 a. E.) bemerkt worden ist. In dem speciellen Fall, wo dem Manne eine unentgeltliche Wohnung gewährt wird, hat er jedes Jahr als Vermögensvermehrung so viel, als er sonst für eine Wohnung ausgegeben haben würde. Freilich zweifelt Scheurl, ob eine Dos „blos durch eine Verpflichtung zu periodischen Leistungen auf eine gewisse Anzahl von Jahren oder das Geben eines Nießbrauchs auf bestimmte Zeit bestellt werden könnte". Danach wäre also auch der Gegensatz von Recht und Thatsache nicht entscheidend, und eine unentgeltliche Wohnung auf die Dauer der Ehe würde Scheurl als Dos anerkennen. Ich meine, daß gerade diese Consequenz, zu welcher sich Scheurl gedrängt fühlt, gegen ihn beweist. Brinz eignet sich Scheurl's Grund an und beruft sich zugleich auf Bechmann.

[3] L. 7 § 2 l. 66 l. 78 § 2 D. h. t., l. 57 D. sol. matr. 24. 3; vgl. l. 4 D. de pact. dot. 23. 4.

[4] Der Besteller kann entweder abstract versprechen, oder mit dem (ausdrücklichen oder stillschweigend verstandenen l. 23 D. h. t.) Zusatz: als Dos (dotis nomine), s. z. B. l. 36 l. 48 pr. D. h. t. Der letzte Fall ist derjenige, in welchem der Bestand der Ehe für den Bestand des Versprechens Bedingung ist (§ 492 Note 7): l. 21 l. 41 § 1 l. 68 D. h. t.

[5] Namentlich (vgl. übrigens § 365 Note 10) durch Cession (l. 69 § 1 D. h. t., l. 2 C. de O. et A. 4. 10), oder durch Delegation (l. 36. 37 l. 56 pr. l. 78 § 5 l. 80. 83 D. h. t.). Auch der Delegirte kann abstract versprechen oder dotis nomine; vgl. l. 36. 37. 80. 83 D. h. t., l. 7 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4.

[6] L. 78 pr. D. h. t., l. 57 D. sol. matr. 24. 3.

[7] L. 41 § 2 l. 43 pr. D. h. t., l. 10 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4; l. 12 § 2 D. h. t.; l. 44 § 1 l. 46 § 1 l. 57 l. 58 § 1 l. 77 D. h. t. Bechmann II S. 110 fg., Czyhlarz S. 125 fg.

[8] Indirecte Zuwendung: a) durch Inbewegungsetzung von Mittelgliedern, namentlich (vgl. § 365 Note 15) durch Ausschlagung eines Erwerbes (l. 5 § 5 D. h. t., l. 14 § 3 D. de fundo dot. 23. 5, vgl. Bechmann II S. 123 fg., Ihering Jahrb. für Dogm. X S. 307 fg.), durch Bestimmung eines Dritten zur Leistung

erklärung unter Lebenden, sondern auch durch Vermächtniß[9]. Auch ein ganzes Vermögen kann zur Dos gegeben werden, ohne daß jedoch dadurch eine Gesammtnachfolge begründet wird[10]. — Ein besonderer Fall der Bestellung einer Dos ist der, wo etwas unter Veranschlagung zu Geld hingegeben wird, mit der Bestimmung daß nicht das Hingegebene selbst, sondern die Anschlagssumme Dos sein solle. Ein solches Geschäft ist Bestellung einer Dos mit vorhergehendem Verkauf[11]. —

Die Bestellung einer Dos braucht nicht ausdrücklich zu geschehen; sie kann auch stillschweigend erfolgen. Dieß ist bereits im römischen Recht für den Fall anerkannt, wo die Frau nach der Scheidung mit dem nämlichen Manne eine neue Ehe eingeht, ohne die Dos der früheren Ehe zurückgefordert zu haben: es soll dann angenommen

---

an den Mann (Note 5, l. 5 § 1 D. h. t., l. 9 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4); b) durch Leistung an den Mann in der Person eines Dritten (l. 19 l. 59 pr. D. h. t., l. 14 pr. D. de fundo dot. 23. 5).

[9] L. 48 § 1 D. h. t., l. 69 § 2 D. de leg. I° 30, l. 71 § 3 D. de cond. 35. 1. Hasse S. 319—334, Bechmann II S. 126 fg., Czyhlarz S. 137 fg., Unger österr. Erbrecht § 75 Note 3 fg., Jhering Jahrb. für Dogm. XXIV S. 151 fg.

[10] L. 72 pr. D. l. 4 C. h. t., l. 13 § 10 D. de H. P. 5. 3. In Betreff des Näheren s. das in § 368 für die Schenkung Ausgeführte, was in gleicher Weise auch hier gilt.

[11] L. 10 § 5 D. h. t.: — „aestimatio venditio est". Der Besteller überläßt dem Manne das Hingegebene für den vereinbarten Kaufpreis, und bestimmt zugleich, daß der Mann den Kaufpreis nicht zu bezahlen brauche, sondern als Dos behalten solle. Consequenzen aus dem Gesichtspunkt des Kaufes: a) actio ex emto, l. 1. 10 C. h. t.; b) der Mann trägt die Gefahr schon vor der Tradition, l. 10 C. cit., l. 14. 15 D. h. t.; c) er erhält andererseits das commodum rei, l. 10 C. cit., l. un. § 9 C. de rei ux. act. 5. 13; d) er hat einen Anspruch wegen Entwehrung nach den Grundsätzen des Kaufs, l. 16 D. l. 1 C. h. t.; e) usucapio pro emtore, l. 2 D. pro dote 41. 9. Andererseits ist das Geschäft doch kein reiner Kauf, sondern ein Kauf eben zum Zweck der Bestellung einer Dos, „non simplex venditio sed dotis causa", l. 16 D. h. t. Daher wird bei Unangemessenheit des vereinbarten Kaufpreises dem Benachtheiligten in einer Weise geholfen, welche weit über die Grundsätze des Kaufvertrages hinausgeht, l. 12 § 1 D. h. t., l. 6 C. sol. matr. 5. 18, vgl. l. 6 § 2 D. h. t. Ferner: was der Mann im Fall der Entwehrung über den vereinbarten Preis hinaus erlangt, ist ebenfalls Dos, l. 16. 52 D. h. t. (§ 500 Note 12). Modificationen des Geschäfts: 1) es soll die bezeichnete Geldsumme in Sachen derselben Art, wie die hingegebenen, zurückgegeben werden, l. 18 D. h. t., l. 66 § 3 D. sol. matr. 24. 3; 2) es soll entweder das Hingegebene oder die bezeichnete Geldsumme zurückgegeben werden, l. 10 § 6 l. 11 D. h. t., l. 11 D. de fundo dot. 23. 5, l. 1 C. eod. 5. 23, Vat. fr. § 114. Vgl. hierzu l. 54 § 2 D. loc. 19. 2 (§ 400 Note 22) — und über das Ganze Czyhlarz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX S. 1 fg., Bechmann II S. 212 fg., Czyhlarz (Dotalrecht) S. 151 fg., Bechmann Kauf II S. 562 fg.

werden, daß sie die Dos auch für die neue Ehe habe geben wollen[12]. Nach heutigem Recht muß man weiter gehen und eine stillschweigende Bestellung einer Dos in allen Fällen annehmen, in welchen von der Frau oder von Seiten der Frau Vermögen ohne Vorbehalt in die Hand des Mannes gegeben wird[13].

γ. Verpflichtung aus der Bestellung.

§ 495.

Aus der Bestellung der Dos kann sich möglicherweise eine Verpflichtung für den Besteller ergeben[1]. Es ist dieß der Fall: a) wenn die Bestellung der Dos dadurch geschieht, daß Etwas als Dos versprochen wird[2]; b) wenn die Bestellung der Dos in der Erklärung

---

[12] L. 13. 30. 40. 64 l. 69 § 2 D. h. t., l. 19 l. 66 § 5 D. sol. matr. 24. 3; vgl. l. 63 D. h. t. Hasse S. 452—474, Bechmann II S. 138 fg. 404 fg.

[13] An diesem Punkte darf, glaube ich, und muß verwerthet werden der durch die Geschichte des deutschen ehelichen Vermögensrechtes hinlänglich bezeugte Zug des deutschen Rechtsbewußtseins nach einer Ausprägung der Einheit der Ehegatten auch in der Gestaltung ihrer Vermögensverhältnisse (§ 491 Note 3). Der allgemeinste Inhalt dieses Zuges ist, daß das Vermögen beider Ehegatten in der Hand des Hauptes der Familie, des Mannes, vereint sein und durch denselben den Zwecken der Ehe dienstbar gemacht werden soll: die gemeinrechtliche Rechtsform aber zur Befriedigung dieses Zuges ist das römische Dotalrecht (§ 491 Note 3). — Gegen den im Texte aufgestellten Satz kämpft auf das Lebhafteste Bechmann Jahrb. des gem. R. V S. 271 fg., und vom Standpunkt des römischen Rechts unwiderleglich richtig; das heutige Recht läßt Bechmann unberücksichtigt (ebenso Czyhlarz S. 162 fg.). Anders Hasse S. 412 fg., welcher ausdrücklich sagt, daß der aufgestellte Satz nur vom Standpunkte des römischen Rechts unrichtig sei. „Was hier die Praxis aber entschuldigen, ja, wenn man über die Quelle, aus der sie ihre Regeln herleitet, hinwegsieht, rechtfertigen kann, wird erst in einem folgenden Theil sich zeigen lassen" (S. 412 Note 445). Uebereinstimmend mit dem hier Gelehrten in der Hauptsache: Glück XXV S. 220 fg. XXIV S. 434, Sintenis § 132 Anm. 71. 72; und s. jetzt auch Bechmann Dotalrecht II S. 138. Angaben über die ältere Literatur bei Glück XXV S. 221. 222 und in der § 491 Note 3 citirten Schrift von Rathmann. Vgl. auch Holzschuher I § 58 Nr. 12, Puchta § 414. d; andererseits Arndts § 398 Anm. 7, Roth III § 96 Note 21, Budde und Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI. 67. 68. Mecklenb. Zeitschrift für RPflege II S. 22. [Dernburg III § 11 Note 4, Brinz 2. Aufl. III S. 732.] Seuff. Arch. XXVII. 141, XXIX. 145, XXXII. 55. 56. Entscheid. des RG. XIV S. 221.

§ 495. [1] Vgl. hierzu das § 366 in Betreff der Schenkung Gesagte.

[2] Dotis promissio. Es ist schon bemerkt worden (§ 494 zu Note 4), daß bereits in der dotis promissio eine dotis constitutio liegt; d. h. das durch das Versprechen dem Manne erworbene Forderungsrecht steht schon unter Dotalgrundsätzen. L. 41 l. 44 § 1 D. sol. matr. 24. 3, l. 33. 49 D. h. t. Hasse S. 264—290. Seuff. Arch. XXXVII. 226. — Das Dotalversprechen war schon nach römischem Recht ohne alle Form verbindlich, l. 6 C. de dot. prom. 5. 11 (Theodos. II et Valentin. III a. 428; s. übrigens auch Dioclet. et Maxim.

besteht, daß Etwas Dos sei oder sein werde oder als Dos gegeben werde, und durch diese Erklärung der beabsichtigte rechtliche Zustand nicht sofort auch bewirkt wird[3]. — Hierfür gelten folgende nähere Grundsätze.

1. Aus der Bestellung einer Dos entsteht deßwegen nicht weniger eine Verbindlichkeit, weil die Bestellung ohne nähere Bezeichnung des Gegenstandes erfolgt ist; es ist in diesem Falle eine den Verhältnissen angemessene Dos zu leisten[4].

---

l. 4 eod.). Nach einer verbreiteten Behauptung (v. Löhr Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 227 fg., Puchta § 415. b, Sintenis § 132 Anm. 33, Holzschuher I § 58 Nr. 10. a) soll es auch der Annahme von Seiten des Mannes nicht bedürfen. Diese Behauptung wird schon durch das § 494 Note 1 Gesagte widerlegt, aber auch abgesehen hiervon durch das für sie Vorgebrachte nicht bewiesen. Man stützt sie auf den in l. 6 C. cit. vorkommenden Ausdruck pollicitatio, welcher aber hier, wie in l. 25 C. ad SC. Vell. 4. 29, nicht in technischem Sinn (§ 304 Note 3) und offenbar nur deßwegen gebraucht ist, um die in der folgenden Note erwähnte Dotalzusage (dotis dictio, s. die ursprüngliche Gestalt der l. 6 C. cit. in l. 4 C. Th. de dotibus 3. 13) mit zu treffen. In anderen Stellen ist geradezu pollicitatio für dictio interpolirt, so in l. 1 § 8 D. de dot. coll. 37. 7, l. 1. 13 C. h. t. Vgl. auch Unterholzner II S. 424, Arndts § 397 Anm. 2, Bechmann II S. 104 fg., Czyhlarz S. 123 fg.

[3] Beispiele aus den Quellen: l. 25 l. 44 § 1 l. 46 § 1 l. 57 l. 59 pr. D. h. t. Im älteren römischen Rechte wurde durch eine solche Zusage — dotis dictio — nur die Frau selbst, ihr Vater, Großvater rc. und ihr Schuldner verpflichtet. Ulp. VI. 2, ep. Gai. II. 9 § 3. In der Justinianischen Compilation ist der Ausdruck dotis dictio überall durch Interpolation beseitigt, s. die zu Anfang dieser Note und in Note 2 a. E. citirten Stellen. Die dotis dictio als besonderes Rechtsinstitut war durch das in der vorigen Note genannte Gesetz überflüssig gemacht; vielleicht auch, daß für die dotis dictio Besonderes galt, was nun überflüssig sein sollte wie z. B., was sehr wahrscheinlich und fast sicher ist, persönliche Gegenwart der Parteien und mündliche Rede. Die Behauptung, daß die dotis dictio ohne Annahme verbindlich gewesen sei, läßt sich nicht rechtfertigen. Vgl. überhaupt: Meykow die Diction der römischen Brautgabe (1850), Czyhlarz Zeitschr. f. RGesch. VII S. 243 fg.; Hasse S. 291 fg., Bechmann II S. 88 fg., Scheurl XI S. 120 fg., Czyhlarz S. 113 fg.; Arndts § 397 Anm. 2; neuestens Czyhlarz Jahrb. f. Dogm. XIII S. 23, Karlowa Rechtsgeschäft S. 272, Voigt ius naturale III S. 178, Bernstein zur Lehre von der dotis dictio, Berlin 1884 (aus der Festgabe für Beseler — dazu Kohler Zeitschrift für Handelsr. XXXIII S. 135).

[4] Es ist in den Quellen anerkannt, daß, wenn Jemand als Dos verspreche: „quodcunque arbitratus fuisset“, dieses arbitrium als arbitrium boni viri zu verstehen sei, l. 3 C. de dot. prom. 5. 11 (vgl. l. 24 pr. D. loc. 19. 2, l. 22 § 1 D. de R. I. 50. 17). L. 69 § 4 D. h. t. sodann sagt, daß das Gleiche gelte „arbitrio quoque detracto“. Man hat zwar diese letztere Entscheidung auf denjenigen Fall beschränken wollen, von welchem die genannte Stelle unmittelbar spricht, den Fall, wo das Versprechen von dem Vater der Frau geleistet worden ist, indem man nämlich den Grund der Entscheidung in der dem Vater obliegenden Dotationsverbindlichkeit gefunden hat: aber die Stelle selbst gibt als Grund ihrer Entscheidung einen ganz anderen an, nämlich daß in dem Betrage

2. Die Verpflichtung des Bestellers geht bei körperlichen Sachen auf Verschaffung von Eigenthum, und zwar von solchem Eigenthum, welches zum Behalten der Sache befugt[5]. Ist Eigenthum dieser Art

des Vermögens des Vaters und dem Stande des Mannes Anhaltspunkte zur Bestimmung der Größe der Dos gegeben seien. Andererseits rescribirt nun allerdings in l. 1 C. de dot. prom. 5. 11 K. Alexander in Betracht des von einer Ehefrau ohne Bezeichnung einer „species" oder „quantitas" gegebenen Dotalversprechens, daß dasselbe unverbindlich sei, und man hat daher wenigstens für die Ehefrau eine Ausnahme von der im Text aufgestellten Regel geltend machen wollen. Aber wenn man die Auslegung, daß das Versprechen einer Dos ohne nähere Bezeichnung als das Versprechen einer angemessenen Dos zu verstehen sei, überhaupt als eine natürliche und von der Billigkeit geforderte anerkennt, so wüßte ich keinen Grund, weßwegen diese Auslegung nicht auch bei der Ehefrau, der doch sogar eine, wenn auch nur natürliche, Verbindlichkeit zur Leistung einer Dos obliegt, durchgeführt werden sollte. Ich halte es daher für weit wahrscheinlicher, daß in l. 1 C. cit. ein principiell verschiedener Standpunkt vertreten ist, und daß also hier eine Antinomie vorliegt und die bezeichneten Stellen sich gegenseitig aufheben. Welche Entscheidung dabei wir unsererseits zu treffen haben, kann unmöglich zweifelhaft sein; es hindert uns durchaus nichts, die zuvor bezeichnete natürliche und billige Auslegung in einem gegebenen Falle wirklich zur Anwendung zu bringen. Ueber die verschiedenen Ansichten s. Hasse S. 369 fg., Glück XXV S. 169 fg., Sintenis § 132 Anm. 37, Puchta § 415. f, Arndts § 397 Anm. 3, Bechmann II S. 64—71, Scheurl XI S. 117, Brinz 1. Aufl. S. 1261. [2. Aufl. III S. 734], Czyhlarz S. 100 fg. Seuff. Arch. II. 189.

[5] Eigenthum: die beschränkte Verpflichtung des Verkäufers, welcher nur wegen Entwehrung haftet, auf den Besteller einer Dos zu übertragen, halte ich trotz des § 492 Note 4 bezeichneten Gesichtspunktes nicht für gerechtfertigt. L. 1 C. h. t. steht nicht entgegen; diese Stelle sagt nicht, daß der Besteller bloß wegen Entwehrung hafte. Eigenthum, welches zum Behalten der Sache befugt: gemäß der Regel, § 342 Note 5. 6. Die herrschende Meinung läßt den Besteller nur wegen Eviction haften. — Die herrschende Meinung geht aber noch weiter und läßt auch diese letztere Verpflichtung nur im Falle eines vorhergegangenen Dotalversprechens (oder, wie Einige hinzufügen, einer gesetzlichen Dotationsverpflichtung), nicht aber in dem Falle eintreten, wo ohne vorhergehende Verpflichtung eine Sache sofort zur Dos gegeben worden ist. Man stützt diese Beschränkung auf l. 1 cit., welche sie allerdings wörtlich enthält, und welche von dem Standpunkte des zu ihrer Zeit geltenden Rechts nicht anders entscheiden konnte. Aber ebenso unzweifelhaft scheint es mir, daß anders entschieden werden muß, seit keine Stipulation mehr nöthig ist, um die Verpflichtung zur Leistung einer Dos zu erzeugen. Seit dieser Zeit begründet die Uebergabe einer Sache zur Dos gerade so gut eine Verpflichtung, wie das Dotalversprechen. Oder will man keine Verpflichtung entstehen lassen aus der Erklärung: ich gebe als Dos dieses Grundstück? Und wenn man es will, warum soll es anders sein, wenn mit dieser Erklärung Tradition verbunden, oder besser gesagt, wenn diese Erklärung in der Tradition abgegeben wird? Man wird auch nicht die Analogie der Schenkung anziehen dürfen (§ 366 Note 7: „der Schenker schenkt das Geschenkte, wie er es hat"); denn die Bestellung einer Dos ist eben keine Schenkung (§ 492 Note 3. 4). Uebrigens würde aus diesem Argument sich ergeben, daß auch aus dem Dotalversprechen nicht wegen Eviction gehaftet werde, und wirklich ist dieser Satz aufgestellt worden, indem man nämlich das in l. 1 C. cit.

nicht verschafft worden, so haftet der Besteller auf das Interesse des Mannes, bei generisch bestimmten Sachen nach Wahl desselben auch auf Geben einer anderen Sache bez. anderer Sachen derselben Art[6]. Bei cedirten Forderungen haftet der Besteller für juristische Existenz[7]; für factische Realisirbarkeit nur dann, wenn der Cession die Verpflichtung zur Bestellung einer Dos, oder aus der Bestellung die Verpflichtung zur Verschaffung einer nicht individuell bestimmten Forderung vorherging[8].

3. Der Besteller haftet nicht bloß wegen Arglist, sondern auch wegen solcher Nachlässigkeit, welche er in eigenen Angelegenheiten zu vermeiden pflegt[9]. Auf Früchte und Zinsen haftet er auch abgesehen von dem Fall des Verzuges dann, wenn er mit der Entrichtung der Dos zwei Jahre nach Eingehung der Ehe in Rückstand bleibt; der Zinsfuß beträgt in diesem Falle 4 %[10].

4. Ueber die dem Besteller zustehende Rechtswohlthat der Lebensnothdurft s. § 297 Note 12. 13.

---

erwähnte Versprechen von einem Evictionsversprechen hat verstehen wollen. S. noch l. un. § 1 C. de rei ux. act. 5. 13. Auch l. 34 D. h. t. (Schlußworte interpolirt? vgl. Vat. fr. 269). Literatur: Glück XX S. 206. XXV S. 90 fg., Unterholzner II § 549, Sintenis § 132 Anm. 80, Arndts § 403, Vangerow I § 217 Anm. 2, Holzschuher I § 58 Nr. 15, Bekker Jahrb. des gem. Rechts VI S. 262. 263; neuerdings Arndts Arch. für civ. Pr. L S. 150 fg. (vgl. 342 Note 6[b]), Bechmann II S. 229, Czyhlarz S. 208 fg., Brinz 1. Aufl. S. 1261 fg. [2. Aufl. III S. 734 fg., Dernburg III § 16 Anm. 6]. Ferner handeln von diesem Gegenstand zwei Abhandlungen im Archivio giuridico, von Cogliolo XXIX p. 153—173 (1882) und von Fadda XXXI p. 359—398 (1883).

[6] Es greifen hier die gleichen Grundsätze Platz, wie bei der Schenkung und beim Kauf (§ 366 Note 8, § 391 Note 37a).

[7] Es darf auch hier (vgl. Note 5 g. E.) nicht die Analogie der Schenkung zu Grunde gelegt werden.

[8] Für die factische Realisirbarkeit haftet nicht einmal der Verkäufer (§ 397 Note 3). Wer aber zur Bestellung einer Dos verpflichtet ist, muß das Vermögen des Mannes in gewissem Maße vermehren, und das thut er nicht durch Verschaffung einer uneinziehbaren Forderung. Ebenso, wer versprochen hat, eine gewisse Summe als Dos in Forderungen zu geben, hat versprochen, diese Summe in guten Forderungen zu geben. Vgl. Schliemann Haftung des Cedenten S. 23 fg.

[9] Er haftet nicht bloß wegen Arglist: er hat nicht geschenkt, und man kann nicht sagen, daß „nulla eius utilitas versatur" (§ 265 Note 12, § 492 Note 3. 4). Von der andern Seite darf er nicht härter behandelt werden, als der Mann selbst; auch sonst wird in den Quellen die Verpflichtung des Bestellers und des Empfängers der Dos vielfach parallelisirt (l. un. § 1 C. de rei ux. act. 5. 13, § 7 eod. vgl. mit l. 31 § 2 C. h. t., § 267 Note 12. 13).

[10] L. 31 § 2 C. h. t. Vgl. § 278 Note 13. d; Glück XXV S. 181 fg., Sintenis § 132 Anm. 68, Bechmann II S. 72—75, Scheurl XI S. 118, Czyhlarz S. 105—108. Seuff. Arch. XII. 116.

5. Die Forderung gegen den Besteller ist gesichert durch ein gesetzliches Pfandrecht an dessen gesammtem Vermögen[11].

c. Rechtsverhältniß.

α. Während bestehender Ehe.

§ 496.

Die Bestimmung der Dos ist, dem Manne Beitrag zu sein zu dem Eheaufwand (§ 492). Jedoch gewährt das Recht dem Manne zu diesem Ende nur den Ertrag der Dos[1], so daß das Kapital der Frau verbleibt. Die Form aber, in welcher das Recht diesen Gedanken verwirklicht, ist nicht der eines ehemännlichen Nießbrauchs; vielmehr verleiht es dem Manne das ihm als Dos Gegebene für die Dauer der Ehe zu vollem Rechte[2], und legt ihm nur die Verpflichtung auf, nach Auflösung der Ehe das empfangene Kapital wieder herauszugeben[3].[4]

---

[11] L. un. § 1 C. de rei ux. act. 5. 13. S. I § 232 Note 15.

§ 496. [1] L. 7 pr. D. h. t. „Dotis fructum ad maritum pertinere debere, aequitas suggerit; cum enim ipse onera matrimonii subeat, aequum est, eum etiam fructus percipere". L. 10 § 3 eod.: — „quia fructus dotis ad eum pertineat".

[2] S. z. B. § 40 I. de R. D. 2. 1, l. 47 § 6 D. de pec. 15. 1, l. 3 § 21 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 13 § 2 D. de fundo dot. 23. 5, l. 9 § 1 l. 75 i. f. D. h. t., l. 23 C. h. t.

[3] Es tritt somit hier das Recht in einen Gegensatz zur natürlichen Auffassung (vgl. I § 148 Note 12, II § 287 Note 1), die nicht auf die Rechtsform sieht, sondern auf das praktische Resultat, welchem die Rechtsform dient. Dieser natürlichen Auffassung hat den schärfsten Ausdruck gegeben Justinian in l. 30 C. h. t.: — „cum eaedem res et ab initio uxoris fuerint et naturaliter in eius permanserint dominio. Non enim, quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est". Und sodann: „sive ex naturali iure eiusdem mulieris res esse intellegatur, sive secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse . .". Aber auch schon bei den classischen römischen Juristen findet sich diese natürliche Auffassung hervorgehoben. S. l. 3 § 5 D. de min. 4. 4: — „quoniam dos ipsius filiae proprium patrimonium est"; l. 75 D. h. t.: — „quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est"; l. 71 D. de evict. 21. 2: — „mulieris dos est"; l. 4 D. de coll. 37. 6: — „in matrisfamilias bonis esse dos intellegatur". L. 7 § 12 l. 24 § 5 D. sol. matr. 24. 3. Vgl. l. 4 D. de rel. 11. 7: — „naturaliter . . videtur ad mortuum pertinere locus, in quem infertur". — Bechmann I S. 132 fg. hat sich große Mühe gegeben, die Bedeutung der bezeichneten Aeußerungen möglichst abzuschwächen, auch hier unter dem Einfluß seiner Abneigung gegen die onera matrimonii (§ 492 Note 1). S. gegen denselben auch Scheurl VI S. 28 fg. (vgl. XI S. 110). Von der anderen Seite hat es umgekehrt von jeher nicht an Solchen gefehlt, welche diesen Aeußerungen Einfluß auf die juristische Construction gestattet haben, und daher dem Manne nur Nießbrauch, oder doch auch der Frau Eigenthum, ein dominium naturale oder dormiens, haben zugestehen wollen. S. Glück XXV S. 127 fg.;

§ 497.

Wie der Mann das ihm als Dos Gegebene während bestehender Ehe in jeder anderen Beziehung zu vollem Rechte hat[1], so steht ihm namentlich in Betreff desselben auch die Veräußerungsmacht zu[2]. Durch positive gesetzliche Vorschrift[3] ist ihm aber diese Macht für Grundstücke entzogen worden[4]; jedoch lediglich im Interesse der Frau, so daß das Veräußerungsverbot wegfällt, wenn durch besondere Vereinbarung der Rückfall der Dos an die Frau ausgeschlossen ist[5]. Im

---

und dagegen namentlich v. Löhr Magazin für RW. u. Gesetzg. IV S. 57 fg.; dennoch wieder v. Tigerström I S. 202 fg., dessen Gedanke (procuratorisches Eigenthum des Ehemannes) neuerdings in Brinz 1. Aufl. S. 1233 fg. [2. Aufl. III S. 698 fg.] neu erstanden ist (der Ehemann hat das Eigenthum für die Ehefrau, die Ehefrau hat das Eigenthum durch den Ehemann). Gegen Brinz siehe Mandry krit. VJSchr. XII S. 502 fg. Vgl. auch Czyhlarz S. 185 fg. (der aber den Gegensatz zwischen der natürlichen und juristischen Auffassung erst bei Justinian findet), Vangerow I § 218 Anm. 1, Sintenis § 133 Anm. 2.

[4] Wann entsteht diese Verbindlichkeit? Sofort mit Empfang der Dos oder erst mit Auflösung der Ehe? Auf diese Frage ist zu antworten, daß die Restitutionsverbindlichkeit des Mannes nach classischem Recht gleich einer bedingten ist (weil sie mit Auflösung der Ehe möglicherweise nicht eintreten kann), nach Justinianischem Recht gleich einer befristeten (weil sie mit Auflösung der Ehe nothwendigerweise eintritt). Durch den Empfang der Dos ist für den Mann kraft Gesetzes der Grund zur Restitutionsverbindlichkeit in derselben Weise gelegt, wie durch eine bedingte oder befristete Willenserklärung der Grund für die durch sie übernommene Verbindlichkeit gelegt wird. S. auch l. 73 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 24 § ult. de sol. matr. 24. 3. Die Ansichten über diese Frage gehen übrigens sehr auseinander. Während Bechmann scharf auf der Entstehung erst mit Auflösung der Ehe (nach classischem Recht: mit dem an den Tag gelegten Willen der Frau) besteht (er bestreitet, daß die Restitutionsverbindlichkeit „dem Dotalbegriffe immanent" sei, und vergleicht dieselbe mit der Restitutionsverbindlichkeit des undankbaren Beschenkten, welcher auch nicht durch die Schenkung, sondern erst durch die Revocation verpflichtet werde), kämpft Brinz ebenso entschieden für das Entstehen sofort mit dem Empfang der Dos („die Dotalforderung wird unter gewissen Eventualitäten nicht erworben, sondern verloren"). Wie Bechmann Czyhlarz; im Wesentlichen wie hier Scheurl. Bechmann I S. 130 fg. II S. 146 fg., Scheurl VI S. 30 fg. XI S. 126 fg., Czyhlarz S. 212 fg., Brinz 1. Aufl. S. 1265. [2. Aufl. III S. 739 fg.].

[1] L. 24 D. rer. amot. 25. 2, l. 3 § 1 D. de Publ. 6. 2, l. 49 § 1 D. de furt. 47. 2, l. 11 C. h. t.; l. 4 D. h. t.; l. 7 D. de fundo dot. 23. 5; l. 1 pr. eod.; l. 1 § 1 l. 2 eod. § 497.

[2] L. 61 § 1 D. h. t., l. 3 C. h. t., l. 61 D. sol. matr. 24. 3.

[3] Durch die lex Iulia (von August) de adulteriis. Paul. sentent. II. 21 b § 2, Gai. II. 63, pr. I. quib. al. 2. 8, l. un. § 15 C. de rei ux. act. 5. 13.

[4] Dig. 23. 5 Cod. 5. 23 de fundo dotali. Glück XXV S. 154—163. 391—421. Bachofen ausgewählte Lehren S. 89—118 (1848). Czyhlarz Zeitschrift f. Civ. u. Proc. N. F. XXII S. 404 fg. (1865). Bechmann II S. 445 fg. Czyhlarz (Dotalrecht) S. 196 fg. Schröder zur Lehre von den gesetzlichen Veräußerungsverboten S. 58 fg. (1875).

[5] L. 3 § 1 D. h. t. 23. 5: „Totiens autem non potest alienari fundus, quotiens mulieri actio de dote competit aut omnimodo competitura est".

Uebrigen ist hier Veräußerung im weitesten Sinne zu nehmen: das Veräußerungsverbot ergreift nicht bloß die Uebertragung des Eigenthums, sondern auch jede andere Rechtsverminderung[6]; es ergreift nicht bloß Veräußerungen unter Lebenden, sondern auch letztwillige[7]; es ergreift endlich auch solche Veräußerungen, welche durch Nichtverhinderung eines fremden Erwerbes geschehen[8]. Andererseits bezieht das Verbot sich nur auf freiwillige Veräußerungen[9]. — Die gegen das Verbot erfolgende Veräußerung ist nichtig, und die Nichtigkeit wird auch durch die Einwilligung der Frau nicht gehoben[10]; diese Einwilligung müßte denn eidlich gegeben sein[11]. Die Nichtigkeit kann nach Anfall der Dos von der Frau und ihren Erben geltend gemacht werden[12]; aber auch während bestehender Ehe von dem Manne selbst[13]. Die Frau verliert das Recht, die Nichtigkeit der Veräußerung geltend zu machen, durch Genehmigung nach Anfall der Dos[14]. — Das Veräußerungsverbot dauert auch nach Auflösung der Ehe fort, so lange der Mann das Dotalgrundstück noch in Händen hat[15]. Umgekehrt gilt es auch für die Zeit vor der Ehe, wenn das Grundstück vorher übergeben worden ist[16].

---

[6] L. 1 C. h. t., l. 4 D. h. t., l. un. § 15 C. de rei ux. act. 5. 13, pr. I. quib. alien. 2. 8, l. 5. 6 D. h. t.

[7] L. 16 D. de test. mil. 29. 1. Vgl. l. 13 § 4 D. h. t.

[8] So jedoch, daß eine begonnene Verjährung sich vollendet. L. 16 D. h. t. (vgl. Arndts § 402 Anm. 2), l. 5. 6 D. h. t. (Unterholzner Verjährungslehre I § 78). Vgl. I § 182 Note 14 und Citate daselbst. Außerdem: Schröder in der Note 4 cit. Schrift S. 5—14, Huschke das Recht der Publicianischen Klage S. 81 fg.

[9] L. 1 pr. D. h. t., l. 2 C. h. t., l. 78 § 4 D. de I. D. 23. 3.

[10] L. un. § 15 C. de rei ux. act. 5. 13, pr. I. quib. alien. 2. 8. Ueber Nov. 61 s. Glück S. 412 fg. [Dernburg III § 18 Note 10 spricht der Bestimmung die heutige Geltung ab.]

[11] C. 28 X. de iurei. 2. 24, c. 2 eod. in VI° 2. 11.

[12] Nach l. 30 C. de I. D. 5. 12. Vgl. l. 13 § 3 D. h. t. Bechmann II S. 460. 483—484.

[13] S. I § 172a Note 2. Behält der Mann die Dos nach Beendigung der Ehe, so ist dadurch die Nichtigkeit der Veräußerung geheilt, l. 17 D. h. t., l. 42 D. de usurp. 41. 3. — Anspruch auf Leistung des Interesse für den gutgläubigen Erwerber bei entgeltlicher Veräußerung? Dagegen Czyhlarz Zeitschr. S. 428. Dotalrecht S. 204, Bechmann II S. 451; dafür Schröder S. 61 fg. Letzterem ist zuzugestehen, daß das Gegentheil weder durch l. 42 D. de usurp. 41. 3, noch durch l. 77 § 5 D. de leg. II° 31 bewiesen wird. Für die Bejahung auch Seuff. Arch. XXXI. 339.

[14] Eine Genehmigung liegt auch in der Annahme einer ihr vom Manne letztwillig hinterlassenen Entschädigung, l. 77 § 5 D. de leg. II° 31. Vgl. l. 13 § 4 D. h. t. Bechmann II S. 461 fg.

[15] L. 12 pr. D. h. t.

§ 498.

Das Verhältniß der Frau zur Dos zeigt sich während bestehender Ehe hauptsächlich darin wirksam, daß die Frau das Recht hat, die Dos sofort zurückzufordern, wenn der Mann dieselbe verschleudert oder wenn er in Vermögensverfall geräth. Jedoch wird dadurch die Bestimmung der Dos, für die Ausgaben der Ehe zu dienen, nicht aufgehoben, und es muß die fortdauernde Verwendung der Dos zu diesem Ende sicher gestellt werden[1]. Ferner gilt, wenn zur Dos ein Grundstück gehört, die Frau zum Zweck der Befreiung von Cautionen bereits bei währender Ehe als Grundbesitzerin[2].

α. Nach aufgelöster Ehe*.

aa. An Wen ist die Dos herauszugeben?

§ 499.

Nach Auflösung der Ehe muß die Dos der Frau herausgegeben werden, oder wenn die Ehe durch ihren Tod aufgelöst wird, ihren

---

[16] L. 4 D. h. t. „Lex Iulia . . plenius interpretanda est, ut etiam de sponso idem iuris sit, quod de marito".

[1] L. 22 § 8 l. 24 pr. D. sol. matr. 24. 3, l. 29 l. 30 C. de I. D. 5. 12, Nov. 97 c. 6; c. 7 X. de don. i. v. e. u. 4. 20. L. 22 § 8 cit. ordnet Sequestration der Dos an. Vgl. Glück XXVII S. 244 fg., Francke Arch. f. civ. Pr. XVII S. 459—464, Bechmann II S. 488 fg., Czyhlarz S. 483 fg. Sintenis § 133 Anm. 114—116, Vangerow I § 218 Anm. 2 Nr. 1. Seuff. Arch. XXXVIII. 32, XLI. 114, [XLIV. 193 (Entsch. des RG. XXII S. 219)]. § 498.

[2] L. 15 § 3 D. qui satisd. 2. 8. — Daß der Frau der Entwehrungsanspruch zusteht, wenn die zur Dos gegebene Sache dem Manne entwehrt wird (l. 75 D. de I. D. 23. 3), ist nichts Besonderes, § 391 Note 31. [Dagegen Brinz 2. Aufl. III § 476 Note 23.] — Nicht hierher gehört, was man sonst noch anführt, daß die Frau Anspruch auf die Hälfte des vom Manne auf dem Dotalgrundstück gefundenen Schatzes hat (l. 7 § 12 D. sol. matr. 24. 3). Diese Hälfte fällt an den Mann nach den Regeln des Eigenthums, muß aber von ihm bei Beendigung der Ehe herausgegeben werden, wie Alles, was nicht Frucht ist (§ 501). — Brinz 1. Aufl. S. 1243 [2. Aufl. III S. 710] stellt auch die der Frau in Betreff ihrer Dos obliegende Collationspflicht hierher. Ob mit Recht, hängt davon ab, ob der Gegenstand der collatio dotis die Dos als solche bildet, oder dasjenige, was von der Dos nach Beendigung der Ehe an die Frau fällt, und darüber wird gestritten. Für die erste Alternative Fein Recht der Collation § 35, Ad. Schmidt das formelle Recht der Notherben S. 125; für die zweite Keller Instit. S. 325, Bechmann I S. 177 fg., Czyhlarz S. 193 Anm. 7. Für die erste Alternative spricht l. 20 pr. D. fam. erc. 10. 2, l. 5 C. de coll. 6. 20, für die zweite ebenso entschieden l. 1 § 6 D. de dot. coll. 37. 7. — Anderes, was Brinz 1. Aufl. S. 1241 fg. [2. Aufl. III S. 707 fg.] hierher stellt, erklärt sich aus dem der Frau zustehenden Forderungsrecht, oder setzt, wie l. 16 D. de rel. 11. 7, Auflösung der Ehe voraus. — S. dagegen noch l. 21 § 4 D. ad munic. 50. 1, und über eine hierher gehörige oder hierher bezogene Stelle aus dem Ed. Tiberii Iulii Alexandri Rudorff Rhein. Mus. für Philologie II S. 171 fg., Bachofen röm. Pfandr. S. 242 fg., Bechmann I S. 111 fg.

Erben¹. Auch dann treten an die Stelle der Frau ihre Erben, wenn die Frau zwar die Auflösung der Ehe überlebt, aber vor Herausgabe der Dos stirbt². — Insofern man aber annimmt, daß heutzutage durch die Verheirathung der Frau die väterliche Gewalt über dieselbe nicht nothwendig aufgehoben wird³, hat das Gesagte folgende Modificationen zu erleiden. 1) Die von dem Gewalthaber herrührende Dos fällt, wenn die Frau in der Ehe stirbt, an den Gewalthaber zurück⁴. 2) Ueberlebt die Frau die Ehe, und steht sie auch dann

---

* Dig. 24. 3. Cod. 5. 18 soluto matrimonio dos quemadmodum (quemadmodum dos) petatur. L. un. C. de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita 5. 13. — Durch dieses letztere Gesetz hat Justinian das frühere Recht in mehrfacher Beziehung reformirt. Der formale Ausdruck seiner Reform ist dieser: es solle durch die Auflösung der Ehe nicht mehr, wie bis dahin, die actio rei uxoriae, sondern die actio ex stipulatu erzeugt werden, gleich als wäre wirklich eine Stipulation über die Rückgabe der Dos abgeschlossen worden; für diese neue actio ex stipulatu sollen aber nicht ausschließlich die Grundsätze der alten actio ex stipulatu (bei wirklich abgeschlossener Stipulation), sondern theilweise, so weit es nämlich der Vortheil der Frau erfordert, die der actio rei uxoriae maßgebend sein. Vgl. hierzu Francke Arch. für civ. Pr. XXVI S. 436 Note 41, Bechmann II S. 350 fg., Czyhlarz S. 374 fg.

§ 499. [1] L. un. cit. § 6. Das ältere Recht schloß die Erben der Frau aus; wenn die Frau in der Ehe starb, so behielt die dos adventicia (§ 493 Note 2) der Mann, die dos profecticia fiel mit Abzug eines Fünftels für jedes Kind an den Geber zurück. Ulp. VI. 4, Vat. fr. § 108. Spuren des älteren Rechts im Corpus Juris: a) l. 23 D. de evict. 21. 2, l. 78 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 20 D. de cond. inst. 28. 7, l. 15 D. de fundo dot. 23. 5, l. 5 D. de bon. damn. 48. 20; b) l. 6 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 78 § 1 eod., l. 5 D. de divort. 24. 2, l. 10 pr. D. h. t. 24. 3, l. 4 C. h. t. 5. 18. Uebrigens ist der Rückfall der dos profecticia an den Geber auch im Justinianischen Rechte nicht ganz ausgeschlossen, s. darüber Note 4.

[2] L. un. cit. § 4. Auch dieß war im älteren Recht anders. Ulp. VI. 7.

[3] S. § 525 Note 20 Ziff. 3.

[4] L. un. cit. § 13. Justinian verordnet hier, daß der Frau die, nach § 6 eod. vererbliche, actio de stipulatu auch dann zustehen solle, wenn ein „extraneus“ die Dos gegeben habe, und fügt sodann hinzu: „Extraneum autem intellegimus omnem citra parentem per virilem sexum ascendentem et in potestate dotatam personam habentem; parenti enim tacitam ex stipulatu actionem damus“. Merkwürdigerweise sind aber diese Worte von jeher ganz vernachlässigt worden, und so hat sich, indem man an den noch das alte Recht vortragenden Pandektenstellen (l. 5 D. de divort. 24. 2, l. 10 pr. l. 59 D. h. t. in Verbindung mit l. 5 § 11 D. de I. D. 23. 3) festhielt, in der herrschenden Meinung der Satz festgestellt, daß die dos profecticia an den Geber auch dann zurückfalle, wenn dieselbe für eine nicht mehr in der Gewalt stehende Tochter gegeben worden sei. S. hiergegen Francke Arch. für civ. Pr. XXVI S. 437 fg., welchem Vangerow I § 220 Anm. 1 Nr. 2. aa (in der 6. und 7. Auflage) folgt, und neuerdings Massot Arch. für prakt. RW. N. F. V S. 62 fg., Appelius Arch. für prakt. RW. N. F. XII S. 37 fg. Dafür Seuff. Arch. XXXVIII. 33 (Rostock, Mecklenb. Zeitschr. für RPflege II S. 23). Unter dem Einfluß dieser

noch in der Gewalt, so erwirbt sie gemäß der Regel die von dem Gewalthaber herrührende Dos für diesen, während jede andere Dos adventicisches Vermögen wird[5]; in dem einen und dem andern Fall aber kann der Gewalthaber die Dos nicht ohne Consens der Frau einziehen, und wenn er vor der Frau stirbt, ohne die Dos eingezogen zu haben, so fällt auch die von ihm herrührende Dos an die Frau, nicht an seine Erben[6].

bb. Was ist herauszugeben?

§ 500.

Herausgegeben werden muß was als Dos empfangen worden ist, nach folgenden näheren Regeln.

1. Nicht vertretbare Sachen sind in Natur herauszugeben, vertretbare in gleicher Quantität und Qualität[1].

Meinung ist auch in einigen Handschriften vor „habentem" ein „non" hineingekommen, welche Lesart einen ganz verkehrten Sinn gibt und den Basiliken widerspricht (Francke a. a. O. S. 439). Bechmann II S. 373 fg. 423—424 hat die Meinung des Cujacius wieder aufgenommen, nach welcher der citirte § 13 gar nicht auf den Fall des Todes der Frau, sondern auf den Fall der Scheidung gehen soll; ich halte aber seine Ausführung nicht für überzeugend. S. auch Francke a. a. O. S. 440—441. Wie Bechmann auch Czyhlarz S. 390 fg., nur daß dieser zum Fall der Scheidung auch den Fall des Todes des Mannes hinzufügt, s. auch Scheurl XI S. 329. [Dernburg III § 21 Note 5.] — Durch das Gesagte verringert sich die Bedeutung der alten und schon zur Zeit der Glossatoren berühmten Streitfrage, ob Rückfall der dos profecticia an den Geber auch bei Vorhandensein von Kindern eintrete? Daß die verneinende Beantwortung dieser Frage sich theoretisch nicht rechtfertigen lasse, ist jetzt wohl allgemein anerkannt, s. namentlich Francke Arch. f. civ. Pr. XXVI S. 401 fg., außerdem Vangerow a. a. O. litt. bb (dessen Argumentation aber nicht richtig ist, wie Francke S. 425 fg. nachgewiesen hat), Bechmann II S. 433 fg., Czyhlarz S. 393 fg., Appelius S. 64 fg., während sie sich in der Praxis sehr festgesetzt hat. Vgl. Seuff. Arch. I. 350, V. 182. 183[a]. 183[b], VI. 214.

[5] S. § 516 Ziff. 2 und. 3. Arndts § 405 Anm. 3.

[6] L. un. cit. § 14; l. 2 § 1 — l. 4 l. 22 § 3—6. 9—11 l. 31 § 2 l. 34. 37 l. 66 § 2 D. h. t., l. 34 § 6 D. de sol. 46. 3, l. 25 pr. D. ratam rem 46. 8, l. 2. 7 C. h. t. 5. 18, l. 8 pr. D. de proc. 3. 3, Ulp. VI. 6, Vat. fr. § 116. 119. Vgl. Francke a. a. O. S. 417 fg., Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 392 fg., Bechmann I S. 83 fg. II S. 299 fg. 376 fg., Czyhlarz S. 301 fg. 378 fg., Brinz 1. Aufl. S. 1245 fg. [2. Aufl. III S. 715 fg.], Mandry das gem. Familiengüterrecht I S. 311 fg. Bechmann sucht den Grund des Satzes darin, daß nach classischem Recht der Dotalanspruch nicht sofort mit der Ehescheidung für die Frau entstanden sei, sondern von ihr erst durch persönlichen Entschluß habe erworben werden müssen (vgl. § 496 Note 4). Dagegen mit Recht Scheurl VI S. 20 fg. XI S. 322 fg., Czyhlarz S. 300. 306 Note 6, Mandry a. a. O. S. 331 Note 13.

[1] L. 42 D. de I. D. 23. 3. „Res in dotem datae, quae pondere numero mensura constant, mariti periculo sunt, quia in hoc dantur, ut eas maritus § 500.

2. Rechte sind entweder in Natur herauszugeben[2], oder in Dem, was durch sie erlangt worden ist[3], Forderungen gegen den Rückempfänger durch Befreiung[4].

3. Befreiungen sind durch Wiederherstellung des betreffenden Rechtes herauszugeben, Befreiungen von fälligen oder während der Ehe fällig gewordenen Forderungen durch Leistung des Forderungsgegenstandes[5].

4. [6]Hat der Mann das Herauszugebende nicht mehr oder nicht mehr in unversehrtem Zustand, so ist er zur Leistung des Interesse des Rückempfängers verpflichtet, wenn der Verlust durch seine Arglist oder

---

ad arbitrium suum distrahat, et quandoque soluto matrimonio eiusdem generis et qualitatis alias restituat vel ipse vel heres eius". Wenn es nichtsdestoweniger in l. 54 D. eod., l. 22 § 13 i. f. D. h. t. heißt, daß das mit Dotalgeld Angeschaffte dotal werde, so kann das der l. 42 cit. gegenüber nicht den Sinn haben, daß der Mann sich nicht durch Herausgabe der empfangenen Geldsumme befreien könne; es kann nur den Sinn haben, daß, wenn die empfangene Geldsumme nicht herausgegeben werde, die Frau das mit Dotalgeld Angeschaffte in Anspruch nehmen könne. S. auch Bechmann II S. 464—468. — Es ist schwer zu begreifen wie man zwischen l. 54 und l. 22 § 13 cit. einerseits und l. 12 C. de I. D. 5. 12 andererseits einen Widerspruch hat finden können. Die letztere Stelle sagt nichts, als daß die Frau an dem mit Dotalgeld Angeschafften durch die Anschaffung nicht Eigenthum erwerbe; aber sie behält der Frau ausdrücklich die dotis actio vor, ohne deren Inhalt näher zu bestimmen, also ohne zu sagen, daß ihr Inhalt ein anderer sei, als der sich aus den Pandektenstellen ergebende. Vgl. auch Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 131, Sintenis § 133 Anm. 14, und im Uebrigen Glück VIII S. 169 fg. Bechmann II S. 233—234. [Dernburg III § 16 Note 22, Karlowa Grünhut's Zeitschr. XVI S. 425.]

[2] Ein Nießbrauch kann, wenn das Eigenthum nicht beim Rückempfänger oder beim Manne ist, dem Rückempfänger selbst nur der Ausübung nach zurückgegeben werden; es kann aber auch der Rückempfänger verlangen, daß er dem fremden Eigenthümer herausgegeben werde. L. 66 D. de I. D. 23. 3, l. 78 § 2 eod., l. 57 D. h. t. Glück XXV S. 1—12. Bechmann II S. 399—403, Czyhlarz S. 231—234.

[3] L. 44 § 1 D. h. t., l. 48 § 1 D. de I. D. 23. 3. Der Einziehung einer Forderung steht gleich Erlaß oder Novation, l. 66 § 6 D. h. t., l. 49 D. de I. D. 23. 3, l. 35 eod.

[4] L. 41 § 4 D. de I. D. 23. 3, l. 81 D. pro soc. 17. 2.

[5] L. 78 pr. § 1 D. de I. D. 23. 3, l. 57 D. h. t.; l. 43 § 1 D. de I. D. 23. 3. Vgl. Bechmann II S. 110 fg., Czyhlarz S. 126 fg. Hofmann in Grünhut's Zeitschr. I S. 713 fg. stellt die Behauptung auf, daß eine zur Zeit der Bestellung der Dos noch nicht fällige Forderung in derjenigen Frist wiederherzustellen sei, welche für sie zur Zeit der Bestellung der Dos gegolten habe. Hofmann's Beweisführung ist nichts weniger als überzeugend. Sein eigentliches Argument ist: weil es sonst leicht geschehen könne, daß der Mann in Wirklichkeit gar keinen Vortheil von der Dos gehabt habe. Nun, dann ist eben der Versuch, ihm einen Vortheil von der Dos zu schaffen, mißlungen. Hofmann's Behauptung führt zu einem Dotalvortheil nach gelöster Ehe! [Dernburg III § 22 Note 9.]

[6] Vgl. zum Folgenden Hasse Culpa S. 420—453.

durch eine Nachlässigkeit eingetreten ist, welche er in eigenen Angelegenheiten nicht zu begehen pflegt[7]. Ein besonderer hierher gehöriger Fall[8] ist der, wo der Mann eine Dotalforderung nicht zur rechten Zeit eingezogen und dadurch ihren Verlust herbeigeführt hat[9]. Auch im Fall der Veräußerung ist der Mann zur Interesseleistung verpflichtet, bei Grundstücken unbedingt, bei beweglichen Sachen, wenn die Veräußerung ohne die Zustimmung der Frau erfolgt ist[10].

---

[7] L. 18 § 1 l. 25 § 1 l. 66 pr. l. 67 D. h. t., l. 72 § 1 D. de I. D. 23. 3; l. 24 § 5 D. h. t., l. 17 pr. D. de I. D. 23. 3. Hasse a. a. O. S. 424—429, Bechmann II S. 237—239, Scheurl S. 277, Czyhlarz S. 256 fg. — Durch Vereinbarung kann natürlich die Verhaftung des Mannes gesteigert werden. Als einen dahin gehörigen Fall pflegt man auch den Fall der aestimatio venditionis gratia (§ 494 Note 11) zu bezeichnen; mit Unrecht, da hier der wirkliche Gegenstand der Dos Geld ist. Eher gehört der Fall hierher, wo ausgemacht wird, daß entweder das als Dos Gegebene oder die vereinbarte Geldsumme zurückgegeben werden müsse (§ 494 Note 11 a. E.). — Eine Schätzungssumme kann aber beim Geben der Dos auch bloß zu dem Ende hinzugefügt werden, um die Größe des zu leistenden Ersatzes festzustellen für den Fall, daß nach den gewöhnlichen Regeln Ersatz geleistet werden müßte, s. g. aestimatio taxationis gratia. L. 21 C. de I. D. 5. 12, l. 69 § 7 D. eod. 23. 3, l. 50 D. h. t.

[8] Vgl. über denselben Hasse S. 433 fg., v. Meyerfeld Rhein. Mus. VII S. 90 fg. (1835), Hoffmann in Fuhr und Hoffmann civil. Versuche Nr. 3 S. 37 fg. (1835), Bechmann II S. 240 fg., Czyhlarz S. 263 fg.

[9] L. 56 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 33 l. 41 § 3 l. 49 D. eod., l. 20 § 2 D. de pact. dot. 23. 4. Alle Verantwortlichkeit fällt für den Mann weg, wenn der Rückempfänger selbst der Schuldner ist, l. 66 § 7 D. h. t., l. 33 l. 41 § 4 D. de I. D. 23. 3; außerdem soll dem Manne nicht als Verschulden angerechnet werden, wenn er den Vater der Frau, oder denjenigen, welcher sich aus bloßer Liberalität gegen die Frau zum Schuldner gemacht hat, nicht zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit gedrängt hat, l. 33 D. de I. D. 23. 3. — Es findet sich die Behauptung (Meyerfeld a. a. O. S. 123 fg., Hoffmann a. a. O. S. 46 fg., v. Salpius Novation und Delegation S. 110 fg., Puchta § 420. 1, Arndts § 406 Anm. 4. b, Vangerow § 218 Anm. 1 [dieser jedoch mit einer Unterscheidung], Bechmann II S. 241 fg., Czyhlarz S. 269 fg. — dawider Hasse S. 436 fg.), daß der Mann für eine ihm durch Delegation (Bechmann: oder Versprechen) verschaffte Forderung auch dann Ersatz leisten müsse, wenn der Schuldner bereits zur Zeit der Dotalbestellung zahlungsunfähig gewesen sei, er müßte sich denn dagegen verwahrt haben, daß er die Forderung als gute annehme. Diese Behauptung, welche das richtige Sachverhältniß geradezu umkehrt, hängt mit dem allgemeineren in § 412 Note 17 bezeichneten Irrthum zusammen, daß das römische Recht die durch Delegation verschaffte Forderung dem Delegatar als baares Geld anrechne. Speciell für die Dos wird diese Meinung widerlegt durch l. 41 § 3 D. de I. D. 23. 3 „periculum viri esse, quod sciens tale nomen secutus videretur, quale initio obligationis fuit" — welche Worte freilich Meyerfeld S. 134 dahin erklären will, daß die Wissenschaft des Mannes „präsumirt oder vielmehr fingirt" werde! (ähnlich Bechmann und Czyhlarz), und einen Gegenbeweis enthalten auch nicht l. 46 pr. l. 53 D. de I. D. 23. 3, l. 6 D. de pact. dot. 23. 4. Meyerfeld glaubt, daß in diesen Stellen ein „arg. a contrario fortissimum" enthalten sei; dasselbe würde aber, was speciell die l. 6 cit. angeht, zu dem Re-

5. Der Gegenstand der Dos kann möglicherweise während bestehender Ehe verändert werden, entweder durch Vertrag, welcher Vertrag aber ungültig ist, wenn er der Frau zum Nachtheil gereicht[11], oder nach rechtlicher Nothwendigkeit[12].

§ 501.

Mit dem Kapital der Dos muß das aus demselben Gewonnene herausgegeben werden, soweit es nicht Frucht ist[1]. Die Früchte dagegen behält der Mann[2]. Wenn aber näher gefragt wird: welche Früchte?[3] so ist das Entscheidende nicht die Thatsache der Perception[4], sondern es gebührt dem Manne für jedes Jahr, während dessen er

---

sultate führen, daß die Dos der Regel nach auf Gefahr des Mannes stehe, *vv.* ut sit dos periculo mulieris. S. auch l. 71 D. de I. D. 23. 3 (Meyerfeld S. 117).

[10] Grundstücke kann der Mann nicht veräußern (§ 497), bewegliche Sachen soll er nicht veräußern, wenn ihm nicht die Erlaubniß dazu durch den Besteller oder die Frau ertheilt worden ist, was natürlich auch stillschweigend geschehen kann. L. 50 D. h. t., l. 32 D. de I. D. 23. 3, l. 32 pr. D. de pact. dot. 23. 4. Vgl. auch l. 61 l. 64 pr. § 5 D. h. t., l. 14 § 2 D. ad leg. Corn. de fals. 48. 10, und dazu Francke Arch. f. civ. Pr. XVIII S. 14. 15.

[11] L. 25. 26. 27 D. de I. D. 23. 3, l. 32 eod., l. 21 l. 29 pr. D. de pact. dot. 23. 4. Vgl. l. 7 § 5 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Bechmann II S. 227—228. Czyhlarz S. 291—295. Seuff. Arch. XXX. 153.

[12] Z. B. in Folge einer vom Miteigenthümer erhobenen Theilungsklage, l. 78 § 4 D. de I. D. 23. 3; in Folge der Entwehrung, l. 16 l. 52 D. de I. D. 23. 3.

§ 501. [1] So der dem Eigenthum anwachsende Nießbrauch, die Anschwemmung, die Eigenthumshälfte des auf dem Dotalgrundstück gefundenen Schatzes, die Windbrüche, (der partus ancillae, das vom Dotalsclaven nicht ex re mariti oder ex operis suis Erworbene). L. 4 l. 10 § 1. 2 l. 32 l. 65 l. 69 § 9 D. de I. D. 23. 3, l. 7 § 12 l. 31 § 4 D. h. t., l. un. § 9 C. de rei ux. act. 5. 13.

[2] L. 7 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 20 C. eod. 5. 12, l. 5 l. 7 § 9—14 l. 8 pr. D. h. t., l. 18 pr. D. de fundo dot. 23. 5, l. 10 § 3 D. de I. D. 23. 3, l. un. § 7. 9 C. de rei ux. act. 5. 13. Vgl. I § 203 und Glück XXV S. 106 fg.; speciell über l. 7 § 13 D. h. t. s. I § 144 Note 8. Die vor der Ehe gezogenen Früchte vermehren das Kapital der Dos, l. 6 l. 31 § 4 D. h. t., l. 7 § 1 l. 47 D. de I. D. 23. 3.

[3] Schrader de divisione fructuum dotis commentatio (1825). Glück XXVII S. 272—329 (1825). Hasse de variis eorum sententiis, qui in explananda l. 7 § 1 D. soluto matrimonio vulgatam interpretationem reliquerunt (1827). Ders. Rhein. Museum II S. 1—41 (1828). Francke Arch. f. civ. Pr. XXX S. 281 fg. (1847). Brinckmann das. XXXVI S. 451 fg. (1853). Fortsetzung in Haimerl's VJSchr. XVII Nr. 10. XIX Nr. 5 (1866). [Huschke Zeitschr. f. RG. X S. 1 fg. (1872).] Bolze Arch. f. civ. Pr. LXI S. 321 fg. (1878). Brandis Arch. f. civ. Pr. LXIX S. 286 fg. (1886). [Wiedemann Zeitschr. d. Sav.-Stift. VII Heft 1 S. 106 fg. (1886). Bechmann II S. 188 fg. Czyhlarz S. 237 fg., Vangerow I § 220 Anm. 2, Böcking Pand. III § 14 Note 8, Arndts § 407 Anm., Sintenis § 133 Anm. 73.]

[4] L. 7 § 9 D. h. t.: „fructus toto tempore, quo curatur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus“.

die Dos in Händen gehabt hat[5], ein voller Jahresertrag[6], von dem Fruchtertrag des letzten unvollendeten Dotaljahres[7] aber ein Antheil, welcher der Zeit entspricht, während deren in diesem Jahre die Ehe bestanden hat[8].

---

[5] Die Dos als Dos, also während bestehender Ehe. L. 5. 6 D. h. t.

[6] Vollzieht sich der Fruchtertrag in kleineren oder größeren Perioden, so werden nicht Dotaljahre, sondern die betreffenden Perioden gerechnet, l. 7 § 6—8 D. h. t.

[7] Dieses letzte unvollständige Dotaljahr kann möglicherweise auch das erste sein, wenn nämlich der Mann die Dos kein volles Jahr in Händen gehabt hat. L. 7 pr. § 1. 2 D. h. t.

[8] L. 5—7 D. h. t., l. un. § 9 C. de rei ux. act. 5. 13. Dieß gilt nicht minder von den juristischen, als von den natürlichen Früchten, l. 7 § 8. 10. 11 D. h. t. — Der Fruchtertrag des letzten Dotaljahres besteht in der Ernte dieses Jahres. Francke a. a. O., Czyhlarz S. 241 fg. Anders die herrschende Ansicht (s. namentlich Vangerow a. a. O.) für den Fall, wo in dem letzten Dotaljahr zwei Fruchtperioden zusammentreffen; in diesem Fall sollen der Rechnung zu Grunde gelegt werden die Ernten beider Fruchtperioden, und es soll dem Manne von jeder Ernte derjenige Theil zugesprochen werden, welcher der Zeit entspricht, während welcher in jeder Fruchtperiode die Ehe bestanden hat. (Beispiel: Beginn der Ehe am 1. April 1866; Ende am 1. October 1867; Zeitpunkt der Vollendung der Ernte 31. Juli; Beginn der neuen Fruchtperiode 1. August. Nach der hier vertretenen Ansicht erhält der Mann außer der vollen Ernte des Jahres 1866 von der Ernte des Jahres 1867 $^1/_2$; nach der entgegengesetzten Ansicht erhält er außer der Ernte des Jahres 1866 von der Ernte des Jahres 1867 $^4/_{12}$ und von der des Jahres 1868 $^2/_{12}$.) Noch anders Bechmann a. a. O., nach dessen Ansicht es sich immer nur um Vertheilung einer nicht in die Ehe fallenden Ernte handeln kann, da der Mann jede während der Ehe gemachte Ernte ganz erhalten soll. (In dem oben bezeichneten Beispiel: der Mann soll erhalten außer der Ernte des Jahres 1866 die ganze Ernte des Jahres 1867 und $^2/_{12}$ der Ernte des Jahres 1868.) Nur wo die Ehe schon im ersten Jahre aufgelöst wird, spricht auch Bechmann, wie das freilich die Quellen unumgänglich nöthig machen, von der in diesem Jahre gemachten Ernte dem Manne nur einen Theil zu. — Große Schwierigkeit macht in dieser Lehre einer jeden Ansicht die berühmte Crux, l. 7 § 1 D. h. t. „Papinianus autem libro undecimo quaestionum divortio facto fructus dividi ait non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit. Neque enim si vindemiae tempore fundus in dotem datus sit, eumque vir ex calendis Novembribus primis fruendum locaverit, mensis Ianuarii suprema die facto divortio retinere virum et vindemiae fructus et eius anni quo divortium factum est quartam partem mercedis aequum est; alioquin si coactis vindemiis altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit. Itaque si fine mensis Ianuarii divortium fiat, et quatuor mensibus matrimonium steterit, vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur“. Ich kann in der Entscheidung dieser Stelle nur eine fehlerhafte Rechnung sehen, welche uns nicht bindet. Der Theil des Pachtgeldes, welcher noch während der Ehe erfällt, repräsentirt nicht den Fruchtertrag dieses, sondern den des folgenden Jahres. Freilich steht diese Auffassung der Stelle sehr vereinzelt da; getheilt wird sie nur von Czyhlarz a. a. O. Alle übrigen Schriftsteller erkennen die Entscheidung Papinian's als maßgebend an. Während aber einige bei dem Wortsinn

cc. Zeit der Zurückgabe.

§ 502.

Unbewegliche Sachen sind sofort nach Auflösung der Ehe zurückzugeben, bewegliche und unkörperliche nach einem Jahre[1]. Jedoch gebühren die Einkünfte auch dieses Jahres nicht dem Manne, sondern dem Rückempfänger[2]. Was bewegliche Sachen angeht, welche keine Einkünfte gewähren, so zahlt der Mann nach Ablauf des bezeichneten Jahres 4% Zinsen von der Schätzungssumme[3].

---

derselben stehen bleiben, und sie, so verstanden, in verschiedener Weise zu rechtfertigen suchen [oder auch ungerechtfertigt lassen] (Hasse, dem sich später auch Schrader Tüb. krit. Zeitschr. VI S. 219 fg. angeschlossen hat, Francke, Puchta Vorles. zu § 421, Bechmann, Brinz 1. Aufl. S. 1270 fg. [2. Aufl. III S. 748 fg., Huschke, Wiedemann, Dernburg III § 22 Note 6, Wendt S. 721]), haben Andere es versucht, sie umzudeuten. a) Die Stelle soll dem Manne ⅓ zusprechen nicht von der ganzen Weinlese und einem Viertel des jährlichen Pachtzinses, sondern von einem durch Berücksichtigung der Weinlese für das eine Jahr, und des Pachtzinses für das andere Jahr zu findenden mittleren Jahresertrag; so namentlich Schrader l. c., dem dann Glück und viele Andere (s. Glück S. 317) gefolgt sind, und schon vor ihm, aber mit einer andern Art der Berechnung Fr. Connanus comm. iur. civ. VIII. 10 n⁰ 8, mit noch andern Arten der Berechnung Arnold comm. ad leg. 7 § 1 D. sol. matr. Berol. 1859 p. 6 sqq., Scheurl XI S. 270 fg., Bolze a. a. O., Brandis Arch. f. civ. Pr. LXIX S. 268 fg. b) Die Stelle soll dem Manne ⅓ zusprechen, welches aus der Weinlese und einem Viertel des jährlichen Pachtzinses in der Weise zu finden sei, daß ihm dieses Viertel ganz, von der Weinlese aber nur 1/12 zugesprochen werde; so namentlich, nach dem Vorgange von Duarenus disput. I. 60, Vangerow, ferner Böcking, Sintenis, Rudorff Grundr. S. 342. Was nun zuvörderst diese letztere Meinung angeht, so glaube ich, auch wenn man davon absehen will, wie viel sie in die Stelle hineinträgt, mit Arndts, daß sie widerlegt ist durch die Frage: ⅓ wovon? Die Meinungen bei a) halte ich für unvereinbar mit den Worten der Stelle. Die Versuche aber, welche von Hasse, Francke und Anderen (s. o.) zur Rechtfertigung der nach dem Wortsinn verstandenen Entscheidung des Papinian gemacht worden sind, kann ich nicht für gelungen halten. — Auch durch Emendation hat man zu helfen gesucht. So schlägt jetzt Mommsen in seiner Ausgabe vor, statt: vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni zu lesen: vindemiae fructus quarta portio et tres (sc. quartae portiones) mercedis instantis anni, wodurch sich im Resultat die Berechnung des Duarenus ergibt. Brinckmann a. a. O. will die Worte quarta portio und tertia portio am Schluß der Stelle umstellen, glaubt aber, daß die darnach sich ergebende Berechnung (XVIII S. 108) nur ausnahmsweise unter ganz besonderen Umständen zuzulassen sei. — Emendiren bez. die Sätze des § 1 und 2 der l. 7 umstellen will auch Bechmann (S. 206), jedoch nur zu dem Ende, um besseren Zusammenhang in die Stelle zu bringen.

§ 502. [1] L. un. § 7 C. de rei ux. act. 5. 13. Früher hieß es: nicht vertretbare Sachen sofort, vertretbare in drei Jahresterminen. Ulp. VI. 8. Caution: l. 24 § 2 D. h. t. Seuff. Arch. XXXII. 57.

[2] So sind zu verstehen die Schlußworte der l. un. § 7 cit.: — „similique modo pensionibus vel vecturis navium sive iumentorum vel operis servorum vel quaestu civilium annonarum et aliis quae sunt eis similia parti mulieris

Vor Auflösung der Ehe kann die Dos ausnahmsweise in dem in § 498 bezeichneten Fall zurückgefordert werden. Freiwillige Herausgabe der Dos vor Auflösung der Ehe[4] ist Schenkung, und daher nach den Grundsätzen von der Schenkung zwischen Ehegatten für den Mann unverbindlich[5]. Aber auch die Annahme der Herausgabe ist unverbindlich für die Frau, d. h. die Frau kann, wenn sie zur Zeit der Auflösung der Ehe die Dos nicht mehr hat, die Dos noch einmal fordern[6]. Der eine und der andere dieser Sätze unterliegt aber gewissen Ausnahmen[7].

dd. Natur des Anspruches auf Herausgabe.

§ 503.

Auf Herausgabe der Dos geht:

1) ein persönlicher Anspruch[1], welcher unter freiem richterlichen

---

restituendis" — wegen l. un. § 9 eod. Vgl. Glück XXVII S. 271, Sintenis § 133 Anm. 10.

[3] L. un. § 7 cit. Bechmann II S. 392—395, Czyhlarz S. 388—389.

[4] Vgl. zum Folgenden: Glück XXVII S. 234 fg. 246 fg., Hasse Zeitschrift f. gesch. RW. V S. 311 fg. (1823), Francke Arch. f. civ. Pr. XVII S. 458 fg. XVIII S. 1 fg. (1834. 1835), Bechmann II S. 153 fg., Scheurl II S. 129 fg. 266 fg., Czyhlarz S. 489 fg.

[5] L. 28 D. de pact. dot. 23. 4, l. un. C. si dos const. matr. 5. 19, Nov. 22 c. 39. Francke XVIII S. 9 hält es, mit Rücksicht auf l. 15 § 1 — l. 17 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (§ 509 Note 27), für etwas Besonderes, daß mit der Dos auch ihre Früchte zurückgefordert werden können, l. un. C. cit., Nov. 22 c. 39. Aber die Früchte sind hier Gegenstand der Schenkung. — Etwas wirklich Besonderes enthält Nov. 22 c. 39 in der Vorschrift, daß das Rückforderungsrecht nicht bloß dem Manne, sondern auch seinen Erben zustehen soll. Vgl. § 509 Ziff. 4.

[6] Wahrscheinlich nach einer Vorschrift der l. Iulia et Papia Poppaea. Francke XVIII S. 14. L. 27 § 1 D. de relig. 11. 7, l. 1 § 5 D. de dote prael. 33. 4, l. un. C. si dos const. matr. 5. 19, Nov. 22 c. 39. Eine ganz besondere (mit dem § 496 Note 4, § 499 Note 6 Bemerkten zusammenhangende) Auffassung bei Bechmann I S. 165 fg. II S. 153 fg.

[7] Diese Ausnahmen galten ursprünglich nicht für beide Sätze, sondern nur für den zweiten, und erst durch die Compilatoren sind sie, wohl in Folge eines Mißverständnisses, auf den ersten übertragen worden, wie dieß die Vergleichung von l. un. C. si dos const. matr. welche in Nov. 22 c. 39 nur wiederholt ist, mit l. 3 § 1 C. Th. de dot. 3. 13 ergibt. Die Ausnahmen selbst stehen in l. 73 § 1 D. de I. D. 23. 3, l. 20 D. h. t., und sind folgende: wenn der Mann der Frau die Dos zurückgibt a) zur Bezahlung von Schulden oder zum Verkauf von Grundstücken (s. auch l. 85 D. de I. D. 23. 3); b) damit sie für ihre Bedürfnisse selbst sorge; c) zum Zwecke der Alimentation armer Angehörigen oder des Loskaufs derselben aus der Gefangenschaft — und wenn entweder die Verwendung zu diesen Zwecken wirklich erfolgt ist, oder der Mann annehmen durfte, daß sie erfolgen werde (l. 73 § 1 cit.: „non perditurae uxori"). S. Glück S. 248 fg., Hasse S. 318 fg., Francke S. 16 fg., Leist civ. Studien II S. 199 fg., Bech-

Ermessen[2] steht, und durch eine gesetzliche und privilegirte Hypothek am gesammten Vermögen des Mannes gesichert ist[3].

2. Außerdem kann die Frau auch die noch vorhandenen Dotalsachen sofort als ihr Eigenthum in Anspruch nehmen[4]. Unter vorhandenen Dotalsachen[5] sind solche zu verstehen, welche noch im Vermögen des Mannes vorhanden sind, so daß also die gültig veräußerten[6] von dem Eigenthumsanspruch nicht ergriffen werden[7]. Andererseits

---

mann II S. 157 fg., Czyhlarz S. 493 fg.: Puchta § 420. o, Arndts § 404 a. E., Vangerow I § 218 Anm. 2 Nr. 2, Sintenis § 133 Anm. 123.

§ 503. [1] Die alte actio rei uxoriae, die Justinian'sche actio ex stipulatu (§ 499 Note *). Rechtshistorisches über die actio rei uxoriae bei Dernburg Compensation S. 99 (2. Aufl. 95) fg., Bechmann I S. 47 fg. II S. 319 fg., Czyhlarz S. 32 fg., Bekker Aktionen I S. 315 fg.

[2] L. un. § 2 C. de rei ux. act. 5. 13.

[3] S. über das Nähere I § 232 Ziff. 6. § 246 Ziff. 2.

[4] Nach der Vorschrift Justinian's in l. 30 C. de I. D. 5. 12; s. auch Nov. 91 c. 1. [Entsch. d. RG. XXII S. 219 (Seuff. Arch. XLIV. 193): auch bei Rückfall wegen inopia des Ehemannes.] Der Gedanke, von welchem die l. 30 cit. ausgeht, ist folgender: es ist nicht erträglich, daß der Anspruch der Frau auf Herausgabe ihrer vorhandenen Dotalsachen durch die Gläubiger des Mannes, und hätten sie auch an diesen Sachen eine Hypothek, sollte vereitelt werden können. Deßwegen gibt Justinian der Frau in Betreff dieser Sachen einmal die Befugniß, sie sofort als ihr Eigenthum in Anspruch zu nehmen (vgl. l. 22 § 13 i. f. D. sol. matr. 24. 3, l. 54 D. de I. D. 23. 3 [§ 500 Note 1]), dann aber auch eine, jede andere Hypothek überwindende, hypothecaria actio. — Jedoch ist es nicht allgemein anerkannt, daß dieß wirklich der Inhalt des Gesetzes sei. Andere sind der Meinung, daß Justinian in demselben der Frau nur eine Hypothek gegeben habe (s. namentlich v. Löhr Mag. f. RW. und Gesetzgeb. IV S. 70—76. Arch. f. civ. Pr. V S. 295 u. X S. 268 Note 7), oder umgekehrt nur einen Eigenthumsanspruch (Dernburg Pfandr. I S. 383), oder einen neuen aus Eigenthums- und Pfandanspruch gemischten Anspruch (Bechmann II S. 475 fg.). Czyhlarz S. 421 fg. glaubt, Justinian habe der Frau einen Eigenthumsanspruch ohne Eigenthum, einen Pfandanspruch ohne Pfandrecht gegeben; ähnlich Scheurl S. 335. 336. Ueber die Ansicht Ihering's, nach welcher die der Frau gewährte utilis rei vindicatio nur eine andere vortheilhaftere Form für ihren persönlichen Anspruch gegen den Mann sein soll, s. I § 174 Note 9; dawider jetzt auch Bechmann II S. 478. S. noch I § 174 Note 9 a. E.

[5] Im Gesetze Justinian's heißt es: „si tamen exstant".

[6] Dieß können natürlich der Regel nach nur bewegliche Sachen sein (§ 497).

[7] Für diese Auslegung des Ausdruckes exstare s. l. 6 § 3 C. de sec. nupt. 5. 9, auch l. 12 § 1 C. qui pot. 8. 17 [18]. Andere (Unterholzner Verjährungslehre I § 80, Schirmer das. Anm. 271[a], v. Buchholtz jur. Abhandlungen S. 181, Bechmann II S. 470 fg., [Dernburg III § 20 Note 7]) verstehen unter res exstantes Sachen, die noch körperlich vorhanden sind, und allerdings wird der Ausdruck auch in diesem Sinne in den Quellen gebraucht, s. z. B. l. 50 D. h. t. 24. 3. Mit Sicherheit wird wohl nie ausgemacht werden können, welchen Sinn dieser Ausdruck in l. 30 cit. wirklich habe. Für die hier angenommene Auslegung (welche vertreten wird von Zimmern Gesch. d. röm. Privatr. I S. 584 Anm. 14, Puchta Erlang. Jahrb. III S. 42. 43, Arndts § 411, Brinz 1. Aufl. S. 1477 [2. Aufl. III § 485 Note 22], Czyhlarz S. 413 fg.) spricht, daß sonst

fallen unter den Eigenthumsanspruch auch diejenigen Sachen, welche gegen eine Taxe in der Weise zur Dos gegeben worden sind, daß den eigentlichen Dotalgegenstand die Schätzungssumme bilden soll, diese Sachen jedoch nur unter der Voraussetzung, daß die Schätzungssumme nicht gezahlt wird[8]. Ebenso können veräußerte Sachen, welche mit

der Zusatz: si tamen exstant denn doch gar zu nichtssagend sein würde; ferner die citirte l. 12 § 1 C. qui pot. 8. 18, wo offenbar der Frau ein Pfandprivilegium nur für den Fall gegeben werden soll, daß sie nicht bereits durch ihr Recht an den res exstantes geschützt sein sollte, zu den res „quae non exstant" aber außer den „consumtae" auch die „dissipatae" gerechnet werden — und auf welchen anderen Fall könnte der Ausdruck res dissipatae in diesem Gegensatz gehen, als auf den Fall, wo der Mann die Dotalsachen in Geld umgesetzt und das Geld verschwendet hat? (Bechmann II S. 471 meint: auf den Fall der Verschleuderung, d. h. der factischen Verbringung, so daß die Sachen nicht mehr aufzufinden sind; aber ist dieser Fall praktisch so wichtig, daß es sich für den Gesetzgeber gelohnt hätte, seiner ausdrücklich zu gedenken?) Das beste Argument für die entgegengesetzte Auslegung ist, daß der Frau jedenfalls die actio hypothecaria gegen den dritten Erwerber nicht versagt werden kann, dieser actio aber von Justinian die utilis rei vindicatio gleichgestellt wird. Vgl. übrigens Czyhlarz S. 421 Note 9. — Eine mittlere Meinung bei Sintenis § 133 Anm. 12: die Frau soll den Eigenthumsanspruch gegen den dritten Erwerber dann haben, wenn (die Veräußerung ohne ihren Consens geschehen, und) der Mann insolvent sei. Für diese Meinung spricht die Tendenz des Gesetzes und l. 7 D. de fundo dot. 23. 5; von der andern Seite: der Gesetzgeber kann sich doch unter res exstantes nur Eines gedacht haben, entweder im Vermögen des Mannes befindliche oder körperlich existirende Sachen, und einen Unterschied macht er nicht. S. noch die folgende Note. — Für die Erstreckung des Eigenthumsanspruchs auf die veräußerten Dotalsachen (im Resultat) auch Brandis Arch. f. civ. Pr. LXVI S. 131 fg., der aber auf die Worte „si tamen exstant" keine Rücksicht nimmt.

[8] Das Gesetz sagt ausdrücklich, daß seine Bestimmung auch gelten solle für res aestimatae. Darunter nur res taxationis gratia aestimatae zu verstehen (Kindervater Jahrb. des gem. R. VI S. 343 fg.), ist willkürlich: und welche Veranlassung hätte das Gesetz gehabt, seine Geltung für diese Sachen ausdrücklich einzuschärfen? Von der anderen Seite läßt sich nicht annehmen, daß das Gesetz dem durch den Vertrag der Parteien festgestellten Dotalgegenstand einen andern habe substituiren wollen: daraus ergibt sich die im Text bezeichnete Beschränkung. — Es wird also hier in das Gesetz etwas hineingetragen, was es nicht ausspricht. Man wird nicht sagen dürfen, daß sich durch eine ähnliche Hineintragung auch die am Schlusse der vorigen Note abgelehnte Meinung rechtfertigen lasse. Diese letztere Hineintragung müßte so lauten: die Frau soll einen Eigenthumsanspruch an den noch im Vermögen des Mannes befindlichen Dotalsachen haben, für den Fall der Insolvenz des Mannes aber auch an den veräußerten. Die hier gemachte Hineintragung lautet so: die Frau soll einen Eigenthumsanspruch an den im Vermögen des Mannes befindlichen (Dotal-)Sachen haben, für den Fall aber, daß ihre Forderung nicht eben auf diese Sachen gehen sollte, nur dann, wenn ihre Forderung nicht befriedigt wird. Der Unterschied scheint mir auf der Hand zu liegen. — Für die Meinung, daß das Gesetz die res venditionis gratia aestimatae schlechthin ergreife, neuerdings Bechmann II S. 469 fg. Gegen seine Berufung auf die

Dotalgeld angeschafft worden waren, nur dann vindicirt werden, wenn die Kaufsumme nicht gezahlt wird[9]. Dritte Besitzer können dem Anspruch der Frau keine Verjährung entgegensetzen, welche abgelaufen ist, bevor die Dos an die Frau zurückgefallen ist[10].

Ueber die gegenüber dem Anspruch auf Herausgabe der Dos zustehende Rechtswohlthat des Nothbedarfs s. § 267 Ziff. 8.

ee. Beweis*.

§ 504.

Der Beweis des Empfanges einer Dos kann nach römischem Recht durch die Heirathsurkunde nicht ohne Weiteres geführt werden. Gegen eine in derselben enthaltene Erklärung, daß Etwas als Dos gegeben worden sei, kann der Mann sich in gleicher Weise vertheidigen, wie gegen das Bekenntniß des Empfanges eines Darlehns (§ 372): also durch Rückfordern der Urkunde, durch Ableugnung des Empfanges gegenüber der Rückforderung der Dos, durch schriftlichen Protest[1]. Nur die Fristen sind hier anders bestimmt: der Mann hat

---

bereits im classischen Recht anerkannte freie Behandlung des Aestimationsvertrages s. seine eigene Bemerkung II S. 222 zweiter Abs.

[9] Der Grund ist der gleiche, wie in dem vorigen Fall: weil auch hier die angeschaffte Sache nicht den eigentlichen Gegenstand der Dos bildet (§ 500 Note 1).

[10] L. 30 cit. — „Omnis autem temporalis exceptio, sive per usucapionem inducta, sive per decem sive per viginti annorum curricula, sive per triginta vel quadraginta annorum metas, sive ex alio quocunque tempore maiore vel minore introducta, mulieribus ex eo tempore opponatur, ex quo possint actiones movere, i. e. opulentis quidem maritis constitutis post dissolutum matrimonium, minus autem idoneis, ex quo hoc infortunium eis illatum esse claruerit". Vgl. I § 109 Note 7. § 182 Note 13.

* S. namentlich Gneist formelle Verträge S. 32—50, wo auch die frühere Literatur berücksichtigt ist. Aus der Zeit nachher: Bähr Anerkennung S. 320 fg., Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten S. 267 fg., H. Witte Bereicherungsklagen S. 214 fg., Sintenis II § 96 Anm. 30. III § 133 Anm. 6, Czyhlarz S. 399 fg.

§ 504. [1] L. 3 C. de dote cauta non numerata 5. 15, Nov. 100. Dem Manne steht zu die querela (Nov. 100) non numeratae pecuniae, non numeratae dotis (l. 14 § 4 i. f. C. de non num. pec. 4. 30). Die in § 372 für die querela non numeratae pecuniae angegebenen Grundsätze gelten auch hier (zu Ziff. 3 das. vgl. l. 4 C. de dot. prom. 5. 11). — Die querela non numeratae dotis steht dem Manne zu nur gegenüber der Heirathsurkunde (pacta dotalia, pacta nuptialia), nicht gegenüber einem sonstigen Empfangsbekenntniß. Sowohl l. 3 cit. als Nov. 100 denken sich die Erklärung, daß eine Dos gegeben worden sei, als ausgehend nicht von dem Manne, sondern von dem Besteller. S. namentlich Gneist S. 42 fg. Auch unter l. 14 C. de non num. pec. 4. 30 fällt das nicht in der Heirathsurkunde enthaltene Bekenntniß über den Empfang einer Dos nicht. Wenn l. 3 C. de dote cauta non num. nicht geradezu ein Bestandtheil der l. 14 cit. gewesen ist, so war sie doch nur um einen einzigen Monat älter: wie

dieses Recht, wenn die Ehe zwei Jahre oder weniger bestanden hat, nach Auflösung der Ehe noch ein Jahr lang; wenn die Ehe mehr als zwei, aber weniger als zehn Jahre bestanden hat, drei Monate lang; wenn die Ehe mehr als zehn Jahre bestanden hat, gar nicht mehr[2]. Wiedereinsetzung wegen Minderjährigkeit kann der Mann auf keinen Fall länger begehren, als binnen zwölf Jahren nach Abschluß der Ehe; die Erben des minderjährigen Mannes haben Ein Jahr, Erben, welche ihrerseits minderjährig sind, fünf Jahre[3]. — Diese Bestimmungen sind durch die Reichscivilproceßordnung beseitigt worden[3].

ff. Gegenansprüche*.

§ 505.

Ein Gegenanspruch steht dem Manne zu wegen nothwendiger Verwendungen[1]: dieselben mindern den Betrag der Dos[2], und daher

---

ist es denkbar, daß das letztere Gesetz über den Gegenstand des ersteren eine anderweitige Bestimmung habe treffen wollen, ohne dasselbe nur zu erwähnen? Um so mehr, da in demselben ausdrücklich bestimmt ist, daß gegen eine Quittung über den Empfang einer Dos, welche nach der Heirathsurkunde ausgestellt worden sei, die exc. non num. pec. nicht stattfinden solle. — Die besonderen bei § 372 Note 15 bemerkten Auffassungen von Bähr und Schlesinger beziehen sich auch auf die querela non numeratae dotis.

[2] Diese Vorschriften sind enthalten in Nov. 100. Vgl. dazu die bei Gneist S. 33 Note 1 Genannten.

[3] Anders die fünfte Auflage. Aber wenn auch Einf.-Gesetz zu CPO. § 17 nur bestimmt, daß die Beweiskraft eines „Schuldscheins oder einer Quittung" an den Ablauf einer Zeitfrist nicht gebunden sei, so sagt doch § 259 Abs. 2: „An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden". So mit Recht Mandry S. 314 (3. Aufl. S. 279).

* Valett theoretisch-praktische Abhandlungen Nr. 1 (1824). Glück XXVII S. 374—454; Sintenis III S. 60—62.

[1] Ueber den Begriff s. l. 1 § 1 — l. 4 pr. D. de impensis in res dotales factis 25. 1, l. 79 pr. D. de V. S. 50. 16; aber auch Note 5. Vgl. I § 195 Note 2. § 505.

[2] Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt. L. 5 D. de impens. 25. 1, l. 61 D. de R. N. 23. 2, l. 5 § 2 D. de pact. dot. 23. 4, l. 1 § 4 l. 5 D. de dote prael. 33. 4, l. un. § 5 C. de rei ux. act. 5. 13, § 37 I. de act. 4. 6. Die Minderung bezieht sich aber nur auf den Gesammtbetrag der Dos, nicht auf die einzelnen Sachen, auf welche die Verwendungen gemacht worden sind, l. 5 pr. D. de impens. 25. 1, l. 1 § 4 D. de dote prael. 33. 4, l. 56 § 3 D. de I. D. 23. 3. Doch gab es in der römischen Jurisprudenz auch eine ältere Auffassung, welche das Gegentheil annahm, und von dieser finden sich noch Spuren in l. 56 § 3 cit., vgl. auch einerseits l. 4 § 5 D. de pec. 15. 1, andererseits l. 6. 8 D. de pec. leg. 33. 8. Consequenzen aus dem bezeichneten Satze (abgesehen von der von Justinian daraus gezogenen in Note 8): l. 5 D. de dote prael. 33. 4, l. 1 § 5 D. de dot. coll. 37. 7, l. 5 § 2 D. de pact. dot. 23. 4. Literatur: Glück XXVII S. 396 fg., Dernburg Compensation S. 107 fg. (2. Aufl. S. 126 fg.), M. S. Mayer Interpretatio l. 56 § 3 D.

kann der Mann sie abziehen, wenn er eine Geldleistung zu machen hat[3], sonst das Herauszugebende innebehalten, bis er für sie befriedigt worden ist[4]. Dieß gilt jedoch nur von den auf die Dotalsachen selbst, nicht von den auf die Fruchtziehung gemachten Verwendungen[5], und auch von den ersteren dann nicht, wenn sie nothwendig waren, um die Sachen in einem gebrauchs- und ertragsfähigen Zustand zu erhalten[6]. Wegen nützlicher Verwendungen[7] hat der Mann zwar ein Rückforderungsrecht, kann dasselbe aber nicht als Gegenanspruch gegen den Anspruch auf Herausgabe der Dos geltend machen[8]. Wegen Verwendungen, welche auch nicht nützlich sind, steht dem Manne nur ein Wegnahmerecht zu[9].[10].

d. Dotalverträge*.

§ 506.

Wenn die Parteien über das Schicksal der Dos, für die Zeit während des Bestehens der Ehe oder für die Zeit nach Auflösung

---

de I. D. 23. 3 (1859), Bechmann II S. 257 fg., Scheurl XI S. 277—288, Czyhlarz S. 277—291, Brinz 1. Aufl. S. 1254 fg. [2. Aufl. III S. 726 fg.], Pernice Labeo I S. 385 fg. S. auch Ihering Geist des röm. R. III S. 68. Jahrb. für Dogm. XVI S. 247.

[3] L. 5 pr. D. de impens. 25. 1. „Ubi ergo admittimus, deminutionem dotis ipso iure fieri? Ubi non sunt corpora, sed pecunia; nam in pecunia ratio admittit, deminutionem fieri".

[4] Der Mann hat „retentionem". Ulp. VI. 9. 14. 15, § 37 I. de act. 4. 6, l. 56 § 3 D. de I. D. 23. 3.

[5] L. 16 D. de impens. 25. 1, l. 7 pr. D. sol. matr. 24. 3.

[6] L. 7 § 16 D. sol. matr. 24. 3, l. 12 l. 15 D. de impens. 25. 1.

[7] Näher: wegen solcher Verwendungen, die, ohne nothwendig zu sein, im Interesse der Frau lagen. L. 5 § 3 l. 6 l. 8. 10 l. 14 § 1 D. de impens. 25. 1, l. 79 § 1 D. de V. S. 50. 16, l. un. § 5 C. de rei ux. act. 5. 13. Vgl. I § 195 Note 6. 7.

[8] Ursprünglich hatte der Mann auch wegen dieser Verwendungen „retentionem". Ulp. V. 9. 16. Justinian hat, wie alle retentiones ex dote, so auch die retentio propter impensas aufgehoben, und nur wegen impensae necessariae auf Grund des Satzes, daß sie „minuunt dotis quantitatem", ein Retentionsrecht bestehen lassen. L. un. § 5 C. de rei ux. act. 5. 13. — Ueber die Meinung, daß Justinian in diesem Gesetze nur die retentiones ex dote als solche, nicht aber die Geltendmachung von Gegenansprüchen des Mannes durch Retention, wo dieselbe nach allgemeinen Grundsätzen zulässig sei, habe aufheben wollen, s. Dernburg Compensation S. 165—171 (2. Aufl. S. 162—167), Bechmann II S. 369—372, Czyhlarz S. 386—388.

[9] L. 7 pr. l. 9 l. 11 pr. l. 14 § 2 D. de impens. 25. 1, l. un. § 13 C. cit. Vgl. I § 195 Note 12.

[10] Nach älterem römischen Recht konnte der Mann auch seine Ansprüche aus einer der Frau gemachten Schenkung und aus einer von derselben begangenen Entwendung (actio rerum amotarum) als Gegenanspruch gegen den Anspruch auf Herausgabe der Dos retentionsweise geltend machen. Ulp. VI. 9. Justinian

derselben, vertragsmäßige Bestimmungen getroffen haben, so sind, die Gültigkeit des Vertrages vorausgesetzt[1], diese, und nicht die bisher entwickelten gesetzlichen Regeln, maßgebend[2]. Die Parteien können aber nicht Alles ausmachen, was ihnen beliebt; hierfür gelten folgende Grundsätze.

1. Wer für die Frau eine Dos gibt, kann bei der Bestellung über die Dos bestimmen, was er will[3]; nach der Bestellung dagegen kann er ohne Consens der Frau keine derselben nachtheilige Bestimmung treffen[4]. Auch bei der Bestellung hat nicht unbedingt freie Hand der Vater oder der väterliche Ascendent, welcher eine Dos geben

---

hat auch diese retentiones aufgehoben, l. un. § 5 cit. Die von Justinian in demselben Gesetz gleichfalls aufgehobenen retentiones propter liberos und propter mores (Ulp. VI. 10—12) waren schon vorher gegenstandslos geworden § 510).

* Dig. 23. 4 de pactis dotalibus. Cod. 5. 14 de pactis conventis tam super dote quam super donatione ante nuptias et paraphernis. — Glück XXV S. 330—374, Bechmann II S. 377—395, Scheurl XI S. 330 fg., Czyhlarz S. 429 fg., Brinz 1. Aufl. S. 1279 fg. [2. Aufl. II § 487—489]. Mit Recht nennt Bechmann diese Lehre eine „dornenvolle". Auch die neueren Darstellungen derselben haben nicht Alles eben gemacht.

1 Vertrag zu Gunsten eines Dritten: römisches Recht, l. 45 D. sol. matr. 24. 3, l. 7 C. h. t., l. 9. 23 D. h. t., l. 26 § 4 l. 29 § 2 D. l. 4 C. h. t.; heutiges Recht: § 316 a. E. § 316[a]. § 506.

2 Wenn speciell der Geber der Dos sich den Rückfall derselben an sich selbst bedungen hat, so heißt die Dos nach Ulp. VI. 5 dos recepticia. L. 9 l. 23 D. l. 1 C. h. t., l. 29 D. sol. matr. 24. 3, l. 6 C. de I. D. 5. 12, l. un. § 13 C. de rei ux. act. 5. 13.

3 L. 20 § 1 D. h. t. „Si extraneus de suo daturus sit dotem, quidquid vult pacisci et ignorante muliere sicuti et stipulari potest; legem enim suae rei dicit". Im Princip gilt dieß auch für den Vater und den väterlichen Ascendenten, l. 7 D. h. t.

4 L. 7 cit. (Note 3): — „si vero post datam pacisci velit, utriusque persona in paciscendo necessaria est, quoniam iam acquisita mulieri dos tum esset". L. 20 § 1 cit., l. 28 D. de I. D. 23. 3, l. 7 C. eod. 5. 12, l. 29 pr. D. sol. matr. 24. 3. — In l. 29 pr. i. f. D. sol. matr. 24. 3 heißt es vom Vater der Frau: „Plane si ante nuptias dotem dederit, poterit ex intervallo, ante nuptias tamen, et citra voluntatem quoque filiae stipulari". Dieß hat seinen Grund in der nach römischem Recht dem Vater zustehenden Macht, das Zustandekommen der Ehe zu verhindern (vgl. l. 5 § 14 D. de I. D. 23. 3), und kann daher heutzutage auf gemeinrechtliche Geltung keinen Anspruch machen. Anders fassen die l. 29 pr. cit. auf Bechmann II S. 150, Czyhlarz S. 443 Note 3. [Dernburg III § 17 Note 9.] — L. 40 D. sol. matr. 24. 3? Bechmann II S. 174 sucht die Lösung in der Annahme, diese Stelle setze einen Vater ohne väterliche Gewalt voraus. Berechtigung und erklärende Kraft dieser Annahme leuchten nicht ein. S. auch dens. I S. 159 fg. Andere wollen durch Aenderung des Textes („non ex filiae voluntate, nach den Basiliken) oder der Interpunktion („pater, ex filiae voluntate divortio facto") helfen. S. Mommsen in seiner Ausgabe und Czyhlarz S. 415.

muß: derselbe kann: a) für den Fall, wo die Dos an die Frau fällt, nichts derselben Nachtheiliges ohne deren Consens bestimmen[5]; b) er kann nicht bestimmen, daß die Dos den Erben des Mannes bleiben solle, wenn die Ehe durch den Tod des Mannes aufgelöst werde[6].

2. Die Frau, welche selbst eine Dos gibt, kann auch bei der Bestellung[6a] keine ihr nachtheilige Bestimmung zu Gunsten des Mannes treffen[7], mit Ausnahme der Bestimmung daß der Mann im Falle des Vorhandenseins von Kindern die Dos behalten solle, wenn die Ehe durch ihren Tod oder durch Scheidung aufgelöst werde[8].

3. Es kann nicht ausgemacht werden, daß der Mann die Früchte der ihm übergebenen Dos nicht beziehen solle[9], es müßte denn zugleich ausgemacht werden, daß die Frau selbst für ihren Unterhalt zu sorgen habe[10]. Wohl kann ausgemacht werden, daß der Mann die Früchte theilweise nicht beziehen solle[11]; doch fällt dieser Vertrag, wenn er während bestehender Ehe abgeschlossen wird, unter das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten[12].

4. Es kann nicht ausgemacht werden, daß der Mann keinen

---

[5] L. 19 D. h. t. (Bestimmung, daß die Dos zu einem späteren als dem gesetzlichen Termin zurückgegeben werden solle.) In dieser Stelle ist ohne Zweifel statt: „*et* interveniente" zu lesen: „*aut* interveniente". L. 14—16 eod.

[6] L. 3 C. h. t. „Quamvis pater tuus, cum te nuptui collocaret, pactus sit, ut, si maritus tuus superstitibus filiis communibus in matrimonio decessisset, pars dotis liberorum nomine retineatur, eiusmodi tamen conventio, quominus actionem integrae dotis habeat, proficere non potest". L. 2 D. h. t.: — „non esse servandum pactum contra dotem, cum mariti mortalitas intervenit". Vgl. l. 6 C. h. t., l. 12 pr. l. 26 pr. — § 2 D. h. t.

[6a] Viel weniger nach Eingehung der Ehe. L. 18 l. 29 pr. D. h. t., § 500 Note 11.

[7] L. 17 D. h. t. (Bestimmung, daß die Dos später zurückgegeben werden solle.) L. 14—16 eod.

[8] L. 1 § 1 D. de dote prael. 33. 4, l. 2 l. 24 l. 26 § 1. 2 D. h. t., Vat. fr. § 106. 120.

[9] L. 4 D. h. t. In einer solchen Bestimmung liegt ein Widerspruch gegen die Erklärung, daß der Mann eine Dos haben solle. Bei diesem Widerspruch wird die positive Erklärung aufrecht erhalten, nicht die negative. Vgl. auch Bechmann II S. 189, Czyhlarz S. 437. — Anders wenn dem Manne die Dos bloß versprochen worden ist. In diesem Falle wird ein Vertrag aufrecht erhalten, durch welchen dem Manne das Recht auf Einforderung des Kapitals ganz oder theilweise genommen wird. L. 12 § 1. 2 l. 20 § 2 l. 32 § 1 D. h. t., l. 20 (vgl. l. 76) D. de I. D. 23. 3. Jedoch soll auch in diesem Falle eine freiere Interpretation zu Gunsten der Dos erlaubt sein, l. 11 D. h. t. Francke Arch. für civ. Pr. XVII S. 465—470.

[10] L. 4 i. f. D. h. t.

[11] L. 28 l. 31 D. h. t. L. 28 cit.: — „eoque modo minorem dotem constitutam".

[12] L. 28 cit. i. f.

Gegenanspruch wegen nothwendiger Verwendungen haben[13], und daß ihm nicht die Rechtswohlthat der Lebensnothdurft zustehen solle[14]; andererseits auch nicht, daß er von der Verhaftung für Nachlässigkeit frei sein solle[15]. —

Wenn in Folge des Ehevertrages die Dos an den Mann fällt, so erwirbt er, wenn Kinder vorhanden sind, an dem Ganzen derselben nur den Nießbrauch, während er das Eigenthum mit den Kindern theilt[16].

2. Von dem freien Vermögen der Frau.

§ 507.

Alles Vermögen der Frau, welches dieselbe dem Manne nicht ausdrücklich oder stillschweigend zur Dos gegeben hat, ist ihr freies Vermögen (Paraphernalvermögen)[1]. Der Mann hat an diesem Vermögen keine anderen Rechte als diejenigen, welche die Frau ihm einräumen will[2]. Gibt die Frau dieses Vermögen in die Verwaltung des Mannes[3], so haftet derselbe nur für relative Sorgfalt, und die Frau hat zur Sicherheit ihrer Ansprüche gegen ihn ein gesetzliches Pfandrecht an seinem gesammten Vermögen[4].

[13] L. 5 § 2 D. h. t.: — „quia tales impensae dotem ipso iure minuunt". Vgl. übrigens Mayer (cit. § 505 Note 2) p. 5 sqq. Bechmann II S. 380, Czyhlarz S. 431.

[14] S. § 490 Note 7.

[15] L. 6 D. h. t. Bechmann II S. 384, Czyhlarz S. 435.

[16] Nov. 98 c. 1, Nov. 127 c. 3.

[1] *Παράφερνα*, parapherna. L. 8 C. de pact. conv. 5. 14. Es kommt auch die Redeweise dare in parapherna vor, l. 9 § 3 D. de I. D. 23. 3, l. 11 C. de pact. conv. 5. 14. Ein anderer Ausdruck, welchen die Quellen gebrauchen, ist peculium. L. 9 § 3 cit.: „quae Graeci *παράφερνα* dicunt, quaeque Galli peculium appellant"; l. 31 § 1 D. de don. 39. 5. „Res extra dotem constitutae": l. 95 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 29 C. de I. D. 5. 12. — In Deutschland hat man den Ausdruck bona paraphernalia zur Bezeichnung desjenigen Vermögens der Frau verwendet, welches zwar nicht Dos ist, aber nach gesetzlicher Regel des Particularrechts der Verwaltung und dem Nießbrauch des Mannes unterliegt (§ 491 Note 3); das diesen Befugnissen des Mannes durch ausdrückliche Disposition entzogene Vermögen der Frau wird dann als bona recepticia unterschieden. Glück XXV S. 273. Vgl. über einen entsprechenden römischen Sprachgebrauch Gell. N. A. XVII. 6. § 507.

[2] L. 8 C. de pact. conv. 5. 14. L. 9 § 3 D. de I. D. 23. 3 spricht davon, daß dieses Vermögen dem Manne sogar zum Eigenthum übergeben werden könne; der Frau steht dann nach Auflösung der Ehe eine condictio sine causa zu.

[3] D. h. mit der ausdrücklichen Erklärung, daß dieses Vermögen nicht Dos sein, sondern der Mann es als freies Vermögen der Frau verwalten solle. Vgl. § 494 Note 13. Veräußerungsrecht des Mannes: Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock VII Nr. 56 (= Seuff. Arch. XXVII. 142).

[4] L. 11 C. de pact. conv. 5. 14. In dieser Stelle ist nur von Kapital-

3. Von der Eheschenkung*.

§ 508.

In der nachconstantinischen Zeit war es bei den Römern Sitte, daß von Seiten des Mannes der Frau eine Gegengabe gegen die Dos[1] bestellt wurde, mit der Bestimmung daß diese Gegengabe nach Auflösung der Ehe an die Frau unter gewissen Voraussetzungen, und namentlich im Fall ihres Ueberlebens, ganz oder theilweise fallen solle, während zugleich ausgemacht wurde, daß unter der entgegengesetzten Voraussetzung, namentlich also im Falle des Ueberlebens des Mannes, dieser die Dos ganz oder theilweise behalten solle[2]. Nach der Bestimmung K. Leo's müssen die von Dos und Eheschenkung gegenseitig zugesicherten Quoten gleich sein[3], nach der Bestimmung Justinians

---

vermögen (nomina) die Rede; aber s. I § 232 Note 12. Die Stelle enthält noch die fernere Bestimmung, daß der Mann die Zinsen der ihm übergebenen Kapitalien zu Ehezwecken („circa se et uxorem") solle verwenden dürfen. Ich halte diese Bestimmung für in dieser Form heutzutage unanwendbar. Uebergibt die Frau dem Manne ihr Kapital- oder sonstiges Vermögen ohne weitere Bestimmung, so ist anzunehmen, daß sie ihm dasselbe zur Dos habe geben wollen (§ 494 Note 13), und der Mann bezieht dann allerdings für sich die Einkünfte dieses Vermögens, allein nicht als Verwalter. Hat aber die Frau ausdrücklich erklärt, daß der Mann nur Verwalter sein solle, so liegt m. E. ein anderer Fall vor, als der in l. 11 cit. vorausgesetzte. Vgl. Seuff. Arch. XXIX. 145.

* Cod. 5. 3 de donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsaliciis. — Glück XXV S. 274—329 (1824). Burchardi Arch. f. civ. Pr. IX S. 197 fg. (1826). Warnkönig das. XIII S. 1 fg. (1830). v. Löhr das. XV S. 431. XVI S. 1 fg. (1832. 1833). Francke das. XXVI S. 68 fg. (1843). v. Löhr das. XXX S. 323 fg. (1847). H. Schott die donatio propter nuptias, Inauguralabhandl., München 1867. Vangerow I § 222 Anm., Brinz 1. Aufl. S. 1285 fg. [2. Aufl. II § 490. 490a].

§ 508. [1] L. 20 C. h. t.: — „quia quasi antipherna haec possunt intelligi". Und ferner: — „ut non simplices donationes intellegantur, sed propter dotem et propter nuptias factae". Daher der neulateinische Ausdruck: contrados, antidos. Die römische Bezeichnung war früher: donatio ante nuptias, bis Justinian mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Bestellung einer Eheschenkung auch während bestehender Ehe (l. 19. 20 C. h. t.) die Bezeichnung donatio propter nuptias vorschrieb. L. 20 cit., § 3 I. de don. 2. 7. — Dafür, daß eine solche Schenkung regelmäßig vorkam: l. 19 C. h. t. („*interdum* accidit, ante nuptias quidem donationem nullam esse, solam vero dotem marito mulierem obtulisse").

[2] L. 9. 10 C. de pact. conv. 5. 14, l. 19. 20 C. h. t., Nov. 22 c. 20 pr., Nov. 97 c. 1. — Uebrigens ist das im Text über die Bedeutung der donatio propter nuptias Gesagte bei Weitem nicht allgemein anerkannt. Vielmehr gehen die Meinungen hier sehr auseinander, wie das bei dem Zustande unserer Quellen, welche mehr voraussetzen, als aussprechen, nicht anders möglich ist. Vgl. die Uebersicht bei Francke S. 67 fg., dazu aber auch den zweiten Aufsatz von Löhr, Vangerow I § 222 Anm., Schott S. 4 fg.

[3] L. 9. 10 C. de pact. conv. 5. 14, Nov. 22 c. 20 pr.

auch Dos und Eheschenkung selbst[4]. Sind Kinder aus der Ehe vorhanden, so erhält die Frau an dem Ganzen der Eheschenkung nur Nießbrauch, wogegen sie das Eigenthum mit ihren Kindern theilt[5]. Während bestehender Ehe ist die Eheschenkung in den Händen des Mannes, nicht bloß factisch[6] sondern auch rechtlich[7]; doch darf er die unbeweglichen Sachen derselben nicht veräußern[8], und der Anspruch der Frau auf eventuelle Herausgabe ist durch eine gesetzliche Hypothek an seinem ganzen Vermögen gesichert[9]. Geräth der Mann in Vermögensverfall, so kann die Frau die Eheschenkung sogleich einfordern, um den Ertrag derselben ihrerseits zu den Ehezwecken zu verwenden[9a]. Für den Vater des Mannes besteht eine gleiche Verpflichtung zur Bestellung einer Eheschenkung, wie für den Vater der Frau eine Verpflichtung zur Bestellung einer Dos[10]. Den besonderen Vorschriften für die Schenkung unterliegt die Eheschenkung nicht[11]. —

In Deutschland ist der Satz, daß der Dos nothwendigerweise eine an Größe gleiche Eheschenkung entsprechen müsse, nicht praktisch geworden; damit fällt auch die Verpflichtung des Vaters zur Bestellung einer Eheschenkung weg[12]. Im Uebrigen kommt es auch heut-

---

[4] Nov. 97 c. 1. 2.

[5] In gleicher Weise wie der Mann, wenn die Dos an ihn fällt (§ 506 Note 16). Nov. 98 c. 1, Nov. 127 c. 3.

[6] Nur wenn der Mann in Vermögensfall geräth, kann die Frau, wie die Dos (§ 498), auch die Eheschenkung einfordern, muß aber dann ihren Ertrag zu Ehezwecken verwenden. L. 29 C. de I. D. 5. 12.

[7] A. M. Löhr XV S. 459. 460, welcher aber das beste Argument für seine Ansicht: daß die Frau nach l. 5 C. de sec. nupt. 5. 9 dem Manne die Eheschenkung als Dos zurückzugeben pflegte, nicht nennt. Wie es sich auch hiermit verhalten mag, so wird der im Text aufgestellte Satz unwiderleglich durch Nov. 61 bewiesen, welche das Verbot der Veräußerung von Dotalgrundstücken auf die Eheschenkung ausgedehnt hat. Uebereinstimmend Schott S. 64.

[8] Nov. 61. Durch die Zustimmung der Frau wird die Veräußerung nur dann gültig, wenn dieselbe nach zwei Jahren wiederholt wird, und es zugleich an anderweitigem Vermögen des Mannes zur Befriedigung der Frau nicht fehlt. Nov. 61 c. 1 § 2. 3.

[9] L. 12 § 2 C. qui pot. 8. 17 [18], Nov. 109 c. 1. Vgl. I § 232 Note 13. — Die Frau hat auch, wie bei der Dos, neben der actio hypothecaria eine utilis rei vindicatio. Nov. 61 c. 1 § 1 und Auth. *Permissa est* zu l. 20 C. h. t.

[9a] L. 29 C. de I. D. 5. 12. Vgl. § 498 Note 1.

[10] L. 7 C. de dot. prom. 5. 11.

[11] Nov. 119 c. 1. „Sponsaliciam largitatem contractum specialem esse et iudicari et non aliis donationibus eam connummerari, per praesentem sancimus legem, quoniam pro ea aequalitas dotis offertur". Im Besonderen: die Eheschenkung kann auch während bestehender Ehe gemacht werden, l. 19. 20 C. h. t., § 3 I. de don. 2. 7; ihre Gültigkeit hängt bei keinem Betrage von der Insinuation ab, Nov. 119 c. 1 vgl. Nov. 127 c. 2.

[12] Seuff. Arch. XII. 275.

zutage vor, daß von Seiten des Mannes der Frau etwas als Gegengabe gegen das von ihr Zugebrachte für den Fall ihres Ueberlebens ausgesetzt wird[13], und es ist kein Grund vorhanden, warum nicht auf eine solche Aussetzung, wenn Vertrag oder Particularrecht nicht entgegenstehen, die Grundsätze des römischen Rechts von der Eheschenkung angewendet werden sollten[14].

4. Von den Schenkungen zwischen Ehegatten*.

§ 509.

Ehegatten können sich einander nicht gültig schenken[1].

1. Ungültig ist nur die eigentliche Schenkung und nur die Schenkung im engeren Sinn (§ 365), d. h. nur diejenige Zuwendung, welche, wie einerseits eine Vermehrung des Vermögens des Empfängers, so andererseits eine Verminderung des Vermögens des Gebers enthält[2].

---

[13] Es ist dieß ein so nahe liegender Gedanke, daß es ihm ganz an Verwirklichung zu keiner Zeit und an keinem Orte fehlen wird. In Deutschland finden sich für solche Aussetzungen die Ausdrücke: Widerlage, Gegengeld, Gegengift, Gegenvermächtniß, Contrados.

[14] Glück XXV S. 308 fg., Mittermaier deutsches Privatrecht § 393. Die herrschende Meinung betrachtet die römische Lehre von der donatio propter nuptias einfach als unanwendbar. So auch Sintenis § 132 Anm. 3, Schott S. 78. 79. Canonisches Recht: c. 5. 6 X. de don. i. v. e. u. 4. 20, c. 15 X. de foro comp. 2. 2. Glück S. 311. Ortloff, Heimbach und Vermehren jur. Abhandlungen II S. 3 fg. — Unter den Particularrechten geht am Weitesten in der Anerkennung des römischen Rechts das Bayer. Landrecht I. 6 § 14. Roth Bayr. Civilrecht I S. 337. 338.

* Dig. 24. 1 de donationibus inter virum et uxorem. Cod. 5. 16 de donationibus inter virum et uxorem *cett.* — Glück XXV S. 422 fg. XXVI S. 1 fg. Savigny System IV § 162—164. v. Löhr Arch. f. civ. Pr. XVI S. 233 fg. (1833). Francke das. XVIII S. 1—7 (1835). Keyßer das Verbot der Schenkungen zwischen Ehegatten nach röm. R., Erlanger Inaug.-Dissert. 1878. Hofmann Grünhut's Zeitschr. VIII S. 286—502 (1881). [Gradenwitz die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte S. 191—256. 1887. Dazu Eck krit. VJSchr. XXX S. 86 fg.] Sintenis III § 135, Brinz 1. Aufl. S. 1303 fg. [2. Aufl. III S. 790 fg.].

§ 509. [1] Diesen Satz führen die Römer auf Gewohnheitsrecht zurück. „Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent". L. 1 D. h. t. Als Grund wird angegeben: Schutz gegen eigene Schwäche und gegen habsüchtige Ausbeutung von Seiten des Andern, auch Rücksicht auf den Ruf der Ehegatten („ne concordia pretio conciliari videretur"). L. 1—l. 3 pr. D. h. t. Ueber die Zeit der Entstehung dieses Rechtssatzes vgl. Francke a. a. O. S. 1 fg., Bechmann Dotalrecht II S. 333—334. Hofmann a. a. O. glaubt, der Satz sei ein Ueberbleibsel aus der Zeit der Manusehe.

[2] L. 5 § 8 D. h. t. — „Hoc autem ex eo venit, quod definiri solet, eam demum donationem impediri solere, quae et donantem pauperiorem et accipientem faciet locupletiorem". L. 25 eod.: — „nam ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus

Daher liegt namentlich[3] keine ungültige Schenkung in der Erfüllung einer Verbindlichkeit, wenn auch einer nur natürlichen[4], und daher im Besonderen nicht in der Bestreitung der Bedürfnisse der Frau durch den Mann[5]; in der Hingabe zu einer Verwendung, durch welche die durch die Hingabe bewirkte Vermögensvermehrung wieder aufgehoben wird[6]; in dem Verzicht auf einen Erwerb[7]. Auch die Schenkung im engeren Sinne ist nicht ungültig, wenn sie nur in der Gestattung des Gebrauchs von Sachen oder Diensten besteht, wie sie die Folge des ehelichen Zusammenlebens ist[8], oder nur in der Ersparung

---

in suis rebus fit". L. 5 § 16 eod. — Auf den Inhalt der Vermögenszuwendung kommt es, mit den zu Note 8 und 9 bezeichneten Ausnahmen, hier so wenig an, wie bei der Schenkung überhaupt, obgleich der Hauptfall natürlich auch hier der ist, wo durch Eigenthumsverschaffung geschenkt wird. Aber s. z. B. l. 3 § 10 l. 52 § 1 D. h. t. (Verschaffung eines Forderungsrechts); l. 3 § 10 l. 5 § 1 l. 31 § 4. 5 l. 32 § 26 D. h. t. (Erlaß einer Schuld); l. 46 D. h. t. (Verschaffung des bloßen Besitzes, vgl. § 365 Note 9); l. 31 § 10 D. h. t. (Erhaltung einer Sache, vgl. Note 9). Ferner ist es auch hier gleichgültig, ob die Schenkung eine mittelbare oder unmittelbare ist (§ 365 Note 15—17). S. z. B. l. 5 § 6 D. h. t. (Nichtunterbrechung einer Verjährung, vgl. l. 44 D. h. t. und dazu § 365 Note 5 und 15); l. 5 § 7 D. h. t. (Nichtgebrauch einer Einrede); l. 3 § 9. 12. 13 l. 4 l. 5 § 2. 3. 4 l. 7 § 7 l. 39 l. 50 pr. l. 56 D. h. t., l. 5 pr. l. 11 § 2. 6. 7. 8 eod. (Schenkung durch einen Andern oder in der Person eines Andern). Schenkung unter der Hülle eines lästigen Geschäfts: l. 5 § 5 l. 7 § 6 l. 32 § 25 D. l. 20 C. h. t., l. 32 § 24 D. h. t.; l. 5 § 5 l. 31 § 3 l. 32 § 26 D. h. t., l. 7 § 5 eod.; l. 52 pr. eod. Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock IX S. 70 fg. Vgl. auch Ihering Jahrb. für Dogm. X S. 303 fg. Seuff. Arch. XXXV. 221 (in der vertragsmäßigen Einführung ehelicher Gütergemeinschaft liegt keine Schenkung unter Ehegatten).

[3] Vgl. § 365 Note 3.

[4] Vgl. § 288 Note 8, § 289 Note 4. 5. 10.

[5] „Non enim donat, qui necessariis oneribus succurrit", l. 21 pr. § 1 D. h. t. L. 28 § 6. 7 l. 31 § 8 D. l. 11 C. h. t., vgl. l. 15 pr. D. eod., l. 33 eod. Vgl. Seuff. Arch. XII. 167.

[6] L. 49 D. h. t., l. 5 § 9 D. de I. D. 23. 3. (Schenkung mit der Auflage des Weitergebens); l. 7 § 8. 9 l. 8 l. 9 pr. D. l. 22 C. h. t. (Schenkung eines Sclaven mit der Auflage der Freilassung); l. 5 § 8—12 D. h. t. (Schenkung mit der Bestimmung, daß das Geschenkte res divini iuris oder res publica werden solle); l. 7 § 1 D. h. t. (Schenkung zum Zweck des Ankaufs einer zum Verzehren bestimmten Sache, einer „res mortua", vgl. l. 31 § 9 D. h. t.). Anders, wenn der Zweck, zu welchem geschenkt worden ist, die Bereicherung des Empfängers nicht aufhebt, l. 13 § 2 D. h. t., l. 59 eod. (die Dos fällt an die Frau zurück).

[7] L. 5 § 13. 14 l. 31 § 7 D. h. t. Ueber den Fall des Verzichtes auf die Nutzung eines Vermögensstückes s. § 365 Note 6 und die daselbst citirten Stellen.

[8] L. 28 § 2 D. h. t. „Si quas servi operas viri uxori praestiterint vel contra, magis placuit, nullam habendam earum rationem. Et sane non amare nec tamquam inter infestos ius prohibitae donationis tractandum est, sed ut inter coniunctos maximo affectu et solam inopiam timentes". L. 18 l. 31 § 1 D. h. t. Allerdings liegt in einer solchen Gestattung nicht ohne

einer Ausgabe[9]. Ferner sind gültig die herkömmlichen Gelegenheitsgeschenke[10]; die Schenkung der Frau an den Mann, um ihm die Erlangung einer Ehrenstelle oder einer sonstigen Auszeichnung zu ermöglichen[11]; die Schenkung zum Zweck des Wiederaufbaues eines Gebäudes[12]; die Schenkung zwischen dem Landesherrn und seiner Gemahlin[13].

2. Ungültig ist die Schenkung zwischen Ehegatten, d. h. diejenige Schenkung, welche zwischen Ehegatten wirksam werden soll, daher weder die Schenkung vor der Ehe[14], wenn nicht ihre Wirksamkeit auf die Zeit der Ehe hinausgeschoben wird[15], noch die Schenkung nach der Ehe[16], noch auch die Schenkung während der Ehe in dem Falle, wo ihre Wirksamkeit auf die Zeit nach der Ehe hinausgeschoben wird[17]. — Ungültigkeit der Ehe schließt zwar an und für sich die Ungültig-

Weiteres eine Schenkung (§ 365 Note 2); aber s. l. 31 § 1 cit. (Note 23). Der gewährte Gebrauch kann jedoch gegen die von dem Gebrauchenden aufgewendeten Erhaltungskosten aufgerechnet werden, l. 31 § 10 l. 58 § 1 D. h. t.

[9] L. 5 § 8 D. h. t. (§ 365 Note 14). Vgl. l. 5 § 17 eod. Ueber l. 31 § 10 und l. 50 § 1 D. h. t. s. § 365 Note 14.

[10] Vorausgesetzt natürlich, daß sich unter ihnen nicht eine anderweitige Schenkung versteckt. L. 31 § 8 D. h. t. Seuff. Arch. XXIV. 42.

[11] L. 40—42 D. h. t. Insofern hier das Hingegebene zum Wiederweggeben gegeben wird, ist schon deßwegen die Zuwendung gültig, und diesen Gesichtspunkt hebt l. 21 C. h. t. hervor, vgl. auch l. 5 § 17 D. h. t. Aber es ist nach l. 40—42 citt. nicht zu bezweifeln, daß die Schenkung durch den gedachten Zweck auch dann gültig gemacht wird, wenn zum Behalten gegeben worden ist. Vgl. Savigny S. 179. Die heutige Anwendbarkeit des Satzes leugnet das Erkenntniß bei Seuff. Arch. XVII. 251.

[12] L. 14 D. h. t.

[13] L. 26 C. h. t. — S. noch § 502 Note 7, § 508 Note 11.

[14] L. 5 pr. l. 27 l. 36 § 1 l. 66 D. h. t., l. 23 C. eod.

[15] L. 32 § 22 D. h. t.

[16] L. 35 D. h. t. — Schenkung zwischen zwei Ehen: l. 56 D. h. t.

[17] Daher ist namentlich gültig die Schenkung auf Todesfall, „quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt", l. 9 § 2 l. 10 D. h. t. Der Beschenkte wird aber erst Eigenthümer mit dem Tode des Schenkenden, auch wenn die Absicht des Schenkenden auf sofortige Eigenthumsverschaffung gerichtet war (§ 369 Note 3); nur hat in diesem letzteren Fall der Tod des Schenkenden rückwirkende Kraft, l. 11 pr. — § 9 l. 20 D. h. t., l. 40 D. de m. c. don. 39. 6. Durch die Scheidung verliert die Schenkung auf Todesfall ihren Bestand, l. 11 § 10 D. h. t. — Ferner ist gültig die Schenkung auf den Fall der Scheidung, „quae tamen sub ipso divortii tempore, non quae ex cogitatione quandoque futuri divortii fiant". L. 11 § 11 — l. 13 pr. l. 60—62 pr. h. t. Unter demselben Gesichtspunkt (vgl. l. 5 § 1 D. de bon. damn. 48. 20, l. 1 C. de repud. 5. 17) wird in den Quellen auch die Schenkung deportationis oder exilii causa für gültig erklärt, l. 13 § 1 l. 43 D. h. t. Mit Unrecht glaubt Seuff. Arch. XXXV. 135 (vgl. auch XXXVII. 320), daß die Gültigkeit der Schenkung auf den Fall der Scheidung für das heutige Recht mit der Zulässigkeit der Scheidung durch gütliche Uebereinkunft weggefallen sei.

keit der Schenkung aus[18], nicht aber unbedingt das Rückforderungsrecht des Schenkers[19]. — In gleicher Weise, wie die Schenkung zwischen den Ehegatten selbst, ist auch die Schenkung zwischen dem Vater des Mannes, welcher den Mann in der Gewalt hat, und der Frau, und, wenn man annehmen will, daß auch heutzutage noch eine verheirathete Frau unter Gewalt stehen könne, zwischen dem Vater der Frau, welcher die Frau in der Gewalt hat, und dem Manne, sowie zwischen den beiderseitigen Vätern, welche Mann und Frau in der Gewalt haben, ungültig[20].

3. Die Ungültigkeit der Schenkung zwischen Ehegatten ist Nichtigkeit[21], und zwar auch in dem Falle, wo die Schenkung durch das

---

[18] L. 3 § 1 D. h. t.; — si aliquod . . impedimentum interveniat, ne sit omnino matrimonium, donatio valebit". L. 7 C. h. t.: — „licet ipso iure donatio tenuerit".

[19] Man unterscheide: a) wenn der Schenker die Ehe irrigerweise für gültig gehalten hat, so kann er zurückfordern wegen Ermangelung der Voraussetzung, unter welcher er geschenkt hat, l. 32 § 27 D. h. t. (vgl. Windscheid Voraussetzung S. 109 fg.). b) Hat der Schenker die Ungültigkeit der Ehe gekannt, so kann er in dem Falle zurückfordern (vgl. l. 65 D. h. t.), wo die Ehe eine verbotene ist, und den Empfänger, nicht aber ihn selbst, in Betreff der Verletzung des Eheverbotes ein Vorwurf trifft — „ne melior sit condicio eorum qui deliquerunt", l. 3 § 1 D. h. t., l. 7 C. eod. (vgl. l. 128 D. de leg. I° 30). c) Trifft auch den Schenkenden ein Vorwurf, so steht das Rückforderungsrecht dem Fiscus zu, l. 32 § 28 D. h. t.

[20] Das römische Recht stellt den Satz auf, daß für die Schenkungen zwischen Ehegatten mit den Ehegatten als Eine Person gerechnet werden soll, wer einen Ehegatten in seiner Gewalt hat, oder in dessen Gewalt steht, oder mit demselben in der Gewalt der nämlichen dritten Person steht. Ein kürzerer Ausdruck für diesen Satz ist: es soll nicht aus der familia des einen Ehegatten in die familia des andern geschenkt werden. L. 3 § 2—8 l. 26 § 1 l. 32 § 16. 19. 20. 21 l. 53 pr. l. 60 pr. D. h. t., l. 4. 5 C. h. t. Was die Anwendbarkeit dieses Satzes im heutigen Recht angeht, so kommt, auch abgesehen von der Frage, ob heutzutage eine verheirathete Frau noch unter Gewalt stehen kann (s. darüber § 525 Note 20 Ziff. 3), in Betracht, daß bereits nach Justinianischem Recht die Schenkung an den Sohn des Mannes, welcher in dessen Gewalt steht, so wie an den Bruder des Mannes, welcher mit ihm unter der Gewalt derselben Person steht (bez. an den Bruder der Frau unter der gleichen Voraussetzung) nicht mehr ungültig ist; denn das Geschenkte wird peculium adventicium, und das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten bewirkt nur, daß der Vater den sonst an dem pec. adventicium ihm zustehenden Nießbrauch nicht erwirbt. Vgl. Savigny S. 171. 172, Sintenis III S. 68.

[21] L. 3 § 10. 11 l. 5 § 1. 18 l. 33 pr. § 1 l. 36 pr. l. 38 § 1 l. 48 l. 52 § 1 D. h. t., vgl. l. 31 § 3 eod. [Nichtig ist auch die Eigenthumsübertragung zum Zweck der Erfüllung einer schenkungshalber übernommenen Obligation, auch im Fall des Irrthums. L. 39 h. t. Gradenwitz S. 216 fg. Wie ist es, wenn der Promissar aus der ungültigen Schenkung den Promittenten einem Dritten delegirt oder der Promittent einen Dritten dem Promissar delegirt? Auch in diesem Fall muß Nichtigkeit angenommen werden. Gradenwitz S. 231 fg.]

Geben oder Empfangen einer dritten Person vollzogen wird[22]. Nur dann, wenn die Schenkung durch Nichtverhinderung eines Erwerbes bewirkt wird, tritt der Erwerb wirklich ein, und der Beschenkte haftet bloß obligatorisch auf Herausgabe des Geschenkten[23]. Auch dann findet obligatorische Verhaftung statt, wenn die Schenkung in dem Bewirken einer bloßen Thatsache besteht[24], in welchem Falle natürlich von Nichtigkeit keine Rede sein kann[25]. — Hat der Beschenkte das Geschenkte nicht mehr, so haftet er nur auf Dasjenige, worum sein Vermögen durch dasselbe indirect noch jetzt vermehrt ist[26]. — Die von dem Geschenkten gezogenen Früchte brauchen nicht mit herausgegeben zu werden[27], wohl dagegen der sonst auf Grund des Geschenkten gemachte Erwerb[28].

4. Die Ungültigkeit der Schenkung zwischen Ehegatten wird da=

[22] L. 3 § 12. 13 l. 4 l. 5 § 3. 4 l. 39 l. 56 D. h. t. Vgl. § 367 Note 8, auch I § 172 Note 16.

[23] L. 5 § 6. 7 D. h. t. — Zu dem im Text genannten Fall ist jedoch noch der der Verarbeitung einer eigenen Sache zu Gunsten des andern Ehegatten mit Arbeitskräften, welche diesem gehören, hinzuzufügen; auch in diesem Fall soll der beschenkte Ehegatte Eigenthümer werden, und nur obligatorisch auf Herausgabe des Werthes der verarbeiteten Sache haften — während, wenn die Verarbeitung mit den eigenen Arbeitskräften des Specificanten erfolgt, der Regel gemäß gar kein Eigenthumserwerb für den Beschenkten eintritt. L. 31 pr. § 1 D. h. t. — Die römische Form des obligatorischen Anspruchs ist condictio sine causa, s. l. 5 § 6. 7 citt., l. 6 D. h. t., l. un. D. de rei ux. act. 5. 13, und vgl. § 423 Note 1.

[24] Wie z. B. in der Verschaffung des Besitzes, in der Erhaltung oder Werthsteigerung einer Sache. L. 46 l. 31 § 10 D. h. t., vgl. § 431 Note 4.

[25] — „quoniam res facti infirmari iure civili non potest", l. 1 § 4 D. de A. v. A. P. 41. 3.

[26] L. 28 pr. § 3 l. 57 i. f. D. h. t.; l. 5 § 17. 18 l. 6 l. 7 pr. l. 31 § 9 D. l. 8. 17 C. h. t.; l. 16 D. h. t.; l. 7 § 3. 4 l. 28 § 3. 4 l. 29 pr. l. 50 § 1 l. 55 l. 58 § 2 D. l. 9 C. h. t., vgl. l. 67 D. h. t.; l. 29 § 1 l. 30 D. h. t. Darüber, daß für das „Consumirte" kein Ersatz gegeben zu werden brauche, enthielt der unter der folgenden Ziffer zu nennende Senatsbeschluß eine ausdrückliche Bestimmung, l. 32 § 9 D. h. t., und es scheint, daß erst durch diese Bestimmung jener Satz zur Anerkennung gelangt ist, s. l. 37 D. h. t., l. 14 D. ad exh. 10. 4. Vgl. Savigny S. 63—69. Haben die Ehegatten sich gegenseitig geschenkt, so tritt im Fall der Scheidung Compensation des Verzehrten mit dem Vorhandenen ein. L. 7 § 2 l. 32 § 9 D. h. t. — Die Klage auf die zurückgebliebene Bereicherung ist ebenfalls eine condictio. Zuweilen wird aber auch eine utilis rei vindicatio gegeben; l. 55 l. 30 D. h. t., l. 1 § 5 C. de rei ux. act. 5. 13, vgl. I § 174 Note 9.

[27] L. 15 § 1 l. 16 l. 17 pr. D. h. t. Es ist dieß eine Milderung ähnlicher Art, wie die, daß Ersparung einer Ausgabe nicht als Schenkung gelten soll (Note 9). Vgl. § 365 Note 6.

[28] Die Quellen nennen partus ancillae und Sclavenerwerb, l. 28 § 5 l. 17 § 1 D. h. t. Auch der durch Ersitzung der geschenkten fremden Sache gemachte Eigenthumserwerb gehört hierher, vgl. l. 13 D. de m. c. don. 39. 6.

durch gehoben[29], daß der Schenker stirbt, ohne die Schenkung widerrufen zu haben[30]; die Schenkung gilt dann als im Augenblicke des Todes wiederholt und demnach für die Zeit nach dem Tode gemacht[31]. Dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß weder Scheidung eingetreten[32], noch der Beschenkte vor dem Schenker gestorben sei[33]. Die Heilung der Ungültigkeit hat rückwirkende Kraft[34].[35]

[29] Nach einem Senatsbeschluß aus der Regierung der Kaiser Severus und Caracalla, 206 n. Chr. L. 32 pr. D. h. t., l. 23 eod., l. 3. 10 C. h. t.

[30] Welcher Widerruf aber kein ausdrücklicher zu sein braucht. L. 32 § 2. 3. 4. 5. 15 D. h. t., l. 12. 15. 18 C. h. t.

[31] L. 32 § 1 vgl. § 7. 8 D. h. t. — Auf Grund dieser möglichen Convalescenz sind Andere (L. Seuffert Ratihabition der Rechtsgeschäfte S. 123 fg., Köppen Jahrb. für Dogm. XI S. 145. 156 fg. 262 fg. [vgl. I § 82 Note 3, Keyßer S. 57 fg.]) der Ansicht, daß die Schenkung zwischen Ehegatten nicht sowohl ein nichtiges, als ein unvollendetes Rechtsgeschäft sei, wie das Testament vor dem Tode des Erblassers.

[32] Es ist nicht anzunehmen, daß der Schenkungswille die Scheidung überdauere, wenn dieß nicht ausdrücklich erklärt worden ist. L. 32 § 10—13 vgl. § 19. 20 D. h. t., l. 18 C. eod.

[33] Es ist ebensowenig anzunehmen, daß der Schenkungswille sich auf die Erben des Beschenkten erstrecke. L. 32 § 10. 14 vgl. § 16—18 D. h. t., l. 6. 18 C. h. t. Gleichzeitiger Tod des Ehegatten: l. 32 § 14 D. h. t., l. 8 [9] D. de reb. dub. 34. 5, l. 26 D. de m. c. don. 39. 6 (vgl. § 369 Note 1).

[34] Nach dem Recht der Bestätigung (I § 83 Note 6). L. 25 C. h. t. S. auch l. 11 § 9 D. h. t.

[35] Es ist eine alte Streitfrage, ob durch den Tod des Schenkers auch bloße Schenkungsversprechen gültig werden. Für die bejahende Meinung, welche auch hier vertreten wird, haben sich von Neueren ausgesprochen: v. Löhr a. a. O. S. 233 fg., Puchta Rhein. Mus. VI S. 372 fg. (kl. civil. Schriften S. 332 fg.), Savigny S. 183 fg., Heimbach im RLex. IX S. 695 fg., Schütze Jahrb. des gem. R. III S. 442 fg., Sintenis Anm. 51, Mandry das gemeine Familiengüterrecht I S. 281, Köppen Jahrb. für Dogm. XI S. 273, Buchka u. Budde Entsch. d. OAG. zu Rostock II S. 238 fg. (Seuff. Arch. XII. 41), Keyßer S. 68 fg.; Hofmann S. 291 fg.; für die Verneinung: Wächter Arch. für civ. Pr. XVI S. 107 fg., Francke das. XVIII S. 7 Note 20, Vangerow I § 225 Anm. 2, [im Wesentlichen auch Gradenwitz S. 250 fg.], Seuff. Arch. XVIII. 260. Andere unterscheiden zwischen dem classischen und dem Justinianischen Recht; nach jenem sei Convalescenz ausgeschlossen, nach diesem trete sie ein. So namentlich Glück XXVI S. 104 fg., und neuerdings F. P. Bremer Arch. f. civ. Pr. LI S. 175 fg. Für die bejahende Meinung darf man sich zwar billigerweise, wie geschehen ist, auf l. 2 C. de dote cauta 5. 15 berufen, wo der Sinn des adscribere zweifelhaft bleibt; dagegen sprechen für dieselbe l. 32 § 1 D. h. t. („ad omnes donationes", „et obligatio sit civilis"), l. 32 § 23—26 eod. („universae donationes", Gesellschafts- oder Kaufvertrag, donationis causa), l. 33 pr. § 2 eod. (stipulatio annui), in einer Weise, welche nach meiner Ansicht bisher noch nicht widerlegt worden ist. (Man sagt: die obligatio civilis der l. 32 § 1 cit. sei eine cedirte Obligation; aber wie konnte Ulpian sich so allgemein ausdrücken, wenn er so Beschränktes meinte? Man sagt in Betreff der l. 33 cit.: bei der stipulatio annui sei es insofern anders, als in der ein- oder mehrmaligen Zahlung des Jahrgeldes bereits eine Vollziehung der Schenkung liege; aber die Worte

5. Was den Beweis der Schenkung zwischen Ehegatten angeht, so gilt die Präsumtion, daß die Frau von dem Manne erhalten habe, wovon anderweitiger Erwerb nicht feststeht[36].

5. Ehescheidungsstrafen*.

§ 510.

Bei der Ehescheidung treffen den schuldigen Theil zu Gunsten des unschuldigen gewisse Vermögensstrafen[1]. Die Frau verliert[2] an

„id ex stipulatu petere constante matrimonio non potest" weisen darauf hin, daß der Jurist annimmt, es sei während der Ehe noch gar nichts vom Jahrgeld gezahlt worden.) Für die verworfene Meinung enthält ein sehr schwaches Argument der von dem Senatsbeschluß gebrauchte Ausdruck eripere (l. 32 § 2 D. h. t.); auch der Vellejanische Senatsbeschluß sprach nur von einzelnen Fällen. Dagegen hat sie eine schwer zu beseitigende Stütze in l. 32 D. h. t. „Papinianus recte putabat, orationem D. Severi ad rerum donationem pertinere; denique si stipulanti spopondisset uxori suae, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit". Der Widerspruch dieser Stelle ist um so auffallender, als sie den gleichen Verfasser hat, wie die übrigen genannten Stellen. Man hat verschiedene Versuche gemacht, sie zu beseitigen. Glück a. a. O. wollte sie aus dem Recht der lex Cincia erklären, was gewiß unzulässig ist (s. Vat. fr. § 266). Bremer a. a. O. hat die Stelle mit dem Satz, daß obligatio a heredis persona incipere non potest, in Verbindung gebracht, wobei nur unerklärt bleibt, warum es bei der stipulatio annui anders gehalten werde (was darüber Bremer S. 222 bemerkt, genügt in keiner Weise). Wie es sich aber auch mit dieser Stelle verhalten mag, und ihren Widerspruch gegen die übrigen Quellenentscheidungen zugegeben, so scheint es mir unzweifelhaft, daß nicht sie es ist, in welcher der eigentliche Gedanke der Compilation gefunden werden darf; der Zug des römischen Rechts geht nicht auf Begünstigung, sondern auf Beschränkung des Verbotes der Schenkung zwischen Ehegatten (Note 2. 8. 9. 26. 27). Einen Streit über die hier besprochene Frage fand auch Justinian vor, und entschied ihn in Nov. 162 für die hier vertheidigte Meinung; aber diese Novelle ist nicht glossirt.

[36] S. g. praesumtio Muciana. L. 51 D. l. 6 C. h. t. Vgl. Glück XXVI S. 210 fg., Sintenis Anm. 36. 37, Tenge Arch. f. civ. Pr. XLV S. 305 fg., Seuff. Arch. II. 302, IX. 298, XI. 250. 316, XIX. 155, XXX. 290.

* Glück XXVII S. 3—108 (1825). Strippelmann das Ehescheidungsrecht S. 307—321 (1854). Ortloff in Ortloff, Heimbach und Vermehren juristische Abhandlungen II S. 1 fg. (1857). Sintenis III § 136, Roth II § 149, Stobbe IV § 249. — Geschichtliches: Wächter über Ehescheidungen bei den Römern S. 165 fg. 205 fg., Hasse Güterrecht der Ehegatten S. 180 fg., Zimmern Geschichte des röm. Privatrechts I. 2 § 168. 171, Bechmann röm. Dotalrecht I S. 87 fg.

§ 510. [1] Dieselben beruhen auf l. 8. 11 C. de repud. 5. 17, Nov. 22 c. 15. 16, Nov. 117 c. 8. 9; c. 4 X. de don. i. v. e. u. 4. 20. Die römischen Gesetze setzen Privatscheidung voraus; daß heutzutage die Scheidung durch richterliches Urtheil erfolgt, thut der Anwendbarkeit ihrer Bestimmungen keinen Eintrag. S. auch c. 4 cit. Es ist jedoch nicht unbestritten, ob die römischen Strafen heutzutage in allen Fällen Platz greifen, in welchen die Ehe wegen der Verschuldung eines Ehegatten geschieden wird; es findet sich die Behauptung, daß

den Mann die Dos[3], oder wenn keine Dos bestellt ist, den vierten Theil ihres Vermögens, jedoch nicht über 100 Pfund Goldes[4]. Der Mann verliert an die Frau die Eheschenkung, oder was die Frau sonst nach Vertrag oder gesetzlicher Regel des Particularrechts für den Fall der Auflösung der Ehe [aus seinem Vermögen als Wittwenversorgung erhält][5]; in Ermangelung von Eheschenkung oder sonstiger Herausgabe ebenfalls den vierten Theil seines Vermögens, mit der zuvor bezeichneten Maßgabe[6]. Im Fall des Ehebruches der Frau, oder wenn der Mann eine Beischläferin in der gemeinschaftlichen Wohnung oder am gemeinschaftlichen Wohnort [trotz vorheriger Verwarnung] gehalten oder wenn er die Frau fälschlich des

---

sie auf den Fall des Ehebruches, oder auf den Fall des Ehebruches und die demselben gleichgestellten Fälle, zu beschränken seien. Vgl. Glück S. 30 fg., Strippelmann S. 316 fg., Ortloff S. 19. 29 fg., Sintenis Anm. 2 Nr. III, Holzschuher I § 64 Note 34, Stobbe S. 299 unten, Seuff. Arch. XVII. 253. S. noch Seuff. Arch. VI. 212, VII. 326 (Glück S. 30 fg., Strippelmann S. 312 fg.), XVIII. 259, XXII. 152, XXIV. 44, XXV. 134. 135, XXVII. 143, XXIX. 35, XXXIII. 311, XXXVIII. 136, XXXIX. 220 (RG. Entscheid. XI S. 201), XXXIX. 310. 311 (RG.), [XLIII. 28 (RG.)]. — Umgekehrt könnte man der Meinung sein, daß gerade für den Ehebruch die römischen Strafen durch das Reichsstrafgesetzbuch beseitigt seien, (s. oben § 326 Note 4, StrGB. Art. 172). Dieser Meinung steht aber entgegen: 1) daß das Reichsstrafgesetzbuch den Ehebruch als Verbrechen gegen die Sittlichkeit straft, während die Strafen des römischen Rechts den Ehebruch als widerrechtliche Aufhebung (Nöthigung zur Aufhebung) der Ehe ins Auge fassen, wie deutlich daraus hervorgeht, daß die römischen Strafen in ganz gleicher Weise den sich ohne Grund scheidenden Ehegatten trafen; 2) daß die römischen Strafen kaum reine Strafen sind, sondern zu gleicher Zeit Entschädigung für das dem unschuldigen Ehegatten Entzogene (beim Manne die Dos und die Unterstützung durch die Thätigkeit der Frau, bei der Frau die Lebensversorgung), für welche Auffassung spricht, daß die retentio propter liberos nichts war als Entschädigung und mit derselben die hier fraglichen Ehescheidungsstrafen in ununterbrochenem geschichtlichen und Gedankenzusammenhang stehen. Vgl. auch Mandry S. 229 fg. (2. Aufl. S. 257 fg.). Binding Handb. des Strafrechts I § 70 Note 17. — [Seuff. Arch. XLV. 105: bei beiderseitiger Verschuldung kann die Strafe nicht gefordert werden, wenn auch in dem Scheidungsurtheil ausgesprochen ist, daß den andern Theil die überwiegende Verschuldung treffe.]

[2] Man hat mit Unrecht behauptet, daß dieß für den Fall des Ehebruches durch Nov. 134 c. 10 aufgehoben worden sei. Glück S. 14 fg.

[3] Vorausgesetzt, daß dieselbe nicht nach vertragsmäßiger Bestimmung an den Geber zurückfällt. L. 24 C. de I. D. 5. 12. In Betreff der dos profecticia s. Glück S. 42 fg. — Daß die Dos bloß versprochen ist, schließt den Verlust derselben nicht aus. Ortloff S. 70 fg., Seuff. Arch. I. 74.

[4] L. 11 § 1 C. de repud. 5. 17. Manifestationseid: Seuff. Arch. XXXIX 312 (RG.). Herausgabe in natura oder in Geld? Entsch. des RG. XV S. 204.

[5] Ortloff S. 18. 37 fg. Vgl. Seuff. Arch. III. 332, XI. 246.

[6] L. 11 § 1 cit. Budde und Schmidt Entsch. des OAG. zu Rostock VI. 70. Seuff. Arch. XXV. 134. Entsch. des RG. XII S. 192.

Ehebruchs angeklagt hat, wird die Strafe um ein Drittel erhöht[7]. Was in dieser Weise an den unschuldigen Theil fällt, erwirbt derselbe, wenn Kinder aus der Ehe vorhanden sind, nur zu Nießbrauch, während das Eigenthum auf die Kinder übergeht[8]. — Die Einforderung dieser Strafen wird gewöhnlich mit dem Antrag auf Scheidung verbunden; sie kann aber auch nach der Scheidung geschehen[9]. Auf die Erben des Berechtigten gehen die Strafen nicht über, die Erben des Verpflichteten haften nur bis zum Belange der Erbschaft[10]. Jedoch brauchen die Erben des Berechtigten nicht heraus=

---

[7] Nov. 117 c. 8 § 2. c. 9 § 4. 5. Die heutige Geltung dieser Steigerung ist nicht unbestritten. Ortloff S. 36 Note 1, Roth § 149 Note 7. Gegen die Geltung: Seuff. Arch. XVIII. 259; für dieselbe XXIV. 44, XXXIX. 220 (RG. Entscheid. XI S. 201). Gegen die Geltung nach dem Reichsstrafgesetzbuch in der 1. Aufl. Mandry S. 183, anders in der 2. und 3. (§ 22 Note 20). Es scheint mir bedenklich, diese Bestimmung aus dem Zusammenhang der übrigen Bestimmungen herauszureißen. S. auch die vorhin citirte Reichsgerichtsentscheidung. [Ebenso Entscheid. XXIII S. 182 (= Seuff. Arch. XLV. 19). In der Entscheidung Bd. X S. 204 wird aber eine Ausnahme in Betreff der Bestimmung über die Erhöhung der Strafe für den Fall der fälschlichen Anklage wegen Ehebruchs gemacht, weil nach StrGB. § 172 die strafrechtliche Verfolgung des Ehebruchs erst nach Scheidung der Ehe zulässig sei.] — Nov. 117 c. 8 und Nov. 134 c. 10 enthalten noch weitere Bestimmungen über die Bestrafung des Ehebruchs: Klostereinsperrung für die Ehefrau, Todesstrafe für den Mann, welcher mit ihr die Ehe bricht (vgl. l. 29 [30] § 1 C. ad leg. Iul. de adult. 9. 9, § 4 I. de publ. iud. 4. 18), Verlust des ganzen Vermögens (zu Gunsten der Verwandten, des Klosters, des Fiscus) für Beide. Es versteht sich von selbst, daß diese Strafen heutzutage unanwendbar sind.

[8] L. 8 § 7 l. 11 § 1 i. f. C. de repud. 5. 17, Nov. 98 c. 2, Nov. 117 c. 8. 9. Bezieht sich nicht auch auf diesen Fall die Vorschrift der Nov. 127 c. 3 (§ 506 Note 16, § 508 Note 5)? Diese Frage wird bejahend beantwortet von Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III S. 104 fg. Vgl. Seuff. Arch. XIV. 277.

[9] Strippelmann S. 322, Ortloff S. 74; Seuff. Arch. XVIII. 259. Der Anspruch verjährt in der gewöhnlichen Frist. Entsch. des RG. XIV S. 181 [= Seuff. Arch. XLI. 258]. A. M. Ortloff a. a. O.

[10] Die Ansichten über diese Frage sind verschieden. S. Glück S. 71 fg., Ortloff S. 76 fg., Sintenis Anm. 3 Nr. IX. Seuff. Arch. X. 57. Ich betrachte als feststehend: 1) den Nichtübergang auf die Erben in dem Fall, wo die Ehescheidung noch nicht erfolgt ist. Die Strafen setzen Ehescheidung voraus, und gegen einen Gestorbenen kann eine Ehescheidung nicht ausgesprochen werden. 2) Umgekehrt darf nicht bezweifelt werden, daß die Strafen auf die Erben übergehen, wenn auf sie bereits rechtskräftig erkannt, oder nur der Proceß auf sie erhoben ist. S. I § 124 Ziff. 3. § 129 Ziff. 1. 3) Die Frage concentrirt sich also auf den Fall, wo in dem die Ehescheidung aussprechenden Urtheil auf die betreffende Strafe nicht erkannt, und auch dieselbe vor dem Tode des Berechtigten oder Verpflichteten noch nicht eingeklagt worden ist. Hier ist a) der Uebergang auf die Erben des Berechtigten ausgeschlossen, weil, soweit das ihm Gebührende reine Strafe ist, diese Strafe die Bedeutung einer Genugthuung für eine ihm angethane persönliche Kränkung hat (§ 359 Ziff. 1), soweit Entschädigung,

zugeben, was sie bereits in Händen haben[11]. — Durch Vertrag können diese Strafen weder gemindert noch erhöht werden[12].

6. Nachtheile der Wiederverheirathung*.

§ 511.

Wiederverheirathung nach aufgelöster Ehe hat für den sich wieder Verheirathenden Nachtheile dann zur Folge, wenn er aus der früheren Ehe Kinder hat[1].

1. Er verliert an diese Kinder das Eigenthum an Allem, was er aus dem Vermögen des früheren Ehegatten in seiner Eigenschaft als Ehegatte erworben hat (Ehegewinn)[2], und behält daran nur den Nießbrauch[3]. Keinen Theil bekommen diejenigen Kinder, welche sich

der Schaden mit seiner Person wegfällt. b) Was die Erben des Verpflichteten betrifft, so haften dieselben auf den Bestand der Erbschaft wegen des in diesen Strafen liegenden Entschädigungselements, s. § 359 Ziff. 1.

[11] C. 4 X. de don. i. v. e. u. 4. 20. Ortloff S. 76. 77.

[12] L. 5 pr. D. de pact. dot. 23. 4. l. 19 D. de V. O. 45. 1.

* Cod. 5. 9 de secundis nuptiis. Nov. 22 c. 20—48. — Glück XXIV S. 98 fg. (1823). Marezoll Zeitschr. für Civ. u. Pr. V S. 363 fg. (1832). v. Löhr Arch. für civ. Pr. XVI S. 31 fg. (1833, aber vor dem Aufsatz von Marezoll geschrieben). Geiger Zeitschr. für Civ. u. Pr. XIX S. 198 fg. (1844). Zimmern Gesch. des röm. Privatr. I. 2 § 177. 178. Sintenis III S. 80—84, Vangerow I § 227 Anm. 1, Brinz 2. Aufl. III S. 683 fg., Roth § 150, Stobbe IV § 248.

[1] Diese Nachtheile sind von den christlichen römischen Kaisern im Interesse § 511.
der Kinder der früheren Ehe eingeführt worden. Daher ist der gewöhnlich für sie gebrauchte Ausdruck: poenae secundarum nuptiarum, obgleich er Anhalt in den Quellen hat (Nov. 2 c. 2 § 1 c. 3, Nov. 22 c. 23. 41), wenig passend. — Man pflegt unter den Nachtheilen der zweiten Ehe auch aufzuführen, daß der sich wieder Verheirathende das ihm unter der Bedingung der Nichtwiederverheirathung letztwillig Hinterlassene verliert, obgleich es doch auf der Hand liegt, daß hier der Grund des Verlustes nicht in der zweiten Ehe, sondern in der Beschränkung der Zuwendung liegt. Nähere Bestimmungen über diesen Fall gibt Nov. 22 c. 44 vgl. c. 43 eod., l. 2. 3 C. de indicta viduitate 6. 4. Glück S. 169 fg.

[2] Lucrum nuptiale. Ueber den Begriff s. Nov. 22 c. 23. 30. Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III S. 93 fg. Seuff. Arch. XI. 249. Anwendung auf deutschrechtliche Verhältnisse: Glück S. 160, Marezoll a. a. O. S. 95, Geiger S. 231 fg., Seuff. Arch. XXI. 60.

[3] Nov. 22 c. 23—26; vgl. l. 3 pr. l. 5 pr. § 1 C. h. t., Nov. 2 c. 1. 2. Diese Bestimmung hat übrigens durch die spätere Gesetzgebung (Nov. 98 c. 1, Nov. 127 c. 3), nach welcher das Eigenthum von Dos und Eheschenkung auch ohne zweite Ehe, bloß mit Ausnahme eines Kopftheils, an die Kinder fällt (§ 506 Note 16, § 508 Note 5), sehr an Wichtigkeit verloren. — Besteht der Ehegewinn nur in einem Nießbrauch, so verliert der sich wieder Verheirathende gar nichts. Nov. 22 c. 30 (anders im früheren Recht, l. un. C. si secundo nupserit 5. 10). — Besonders für die Mutter, wenn der Ehegewinn in Mobilien besteht: l. 6

eines Enterbungsgrundes gegen ihn schuldig gemacht haben[4]. Enkel treten an die Stelle ihrer verstorbenen Eltern[5]. Veräußerungen des Ehegewinnes sind nicht bloß nichtig, wenn sie nach Eingehung der zweiten Ehe vorgenommen werden, sondern es werden auch früher vorgenommene durch das Eingehen einer zweiten Ehe nichtig. Soweit der Vater durch den früheren Tod der Kinder etwas von dem verlorenen Eigenthum zurückerwirbt, wird die Nichtigkeit der Veräußerung geheilt[6]. — Ihrerseits erhalten die Kinder der zweiten Ehe Dos und Eheschenkung dieser Ehe ausschließlich[7]. — Der Ehegewinn fällt übrigens, soweit er beim Tode des Erwerbers noch vorhanden ist, auch ohne zweite Ehe an die Kinder der Ehe, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie Erben ihrer Eltern geworden sind[8].

2. In gleicher Weise verliert der sich wieder Verheirathende an die Kinder der früheren Ehe das Eigenthum an demjenigen, was er von dem Vermögen des früheren Ehegatten dadurch erworben hat, daß er gesetzlicher Erbe eines Kindes der früheren Ehe zugleich mit dessen Geschwistern geworden ist; erfolgt der Erbfall zur Zeit, wo er bereits wieder verheirathet ist, so erhält er von Anfang an nur den Nießbrauch[9].

---

§ 1 C. h. t., Nov. 2 c. 4, Nov. 22 c. 45. Sintenis Anm. 2 a. E. Seuff. Arch. XXXV. 136. — Gültigkeit vertragsmäßigen Erlasses: Seuff. Arch. IX. 300, XXXII. 148.

[4] Nov. 22 c. 26 § 1.

[5] Ohne Rücksicht darauf, ob sie deren Erben geworden sind. L. 7 l. 8 pr. C. h. t., Nov. 22 c. 25. 26 § 1. A. M. Löhr S. 37, Vangerow Nr. I. a, Sintenis Anm. 4, welche Nov. 22 c. 21 § 1 (Note 8) hierher beziehen. — Stirbt ein Kind nach dem Anfall, so geht das ihm Anerfallene auf seine Erben, wenn dieselben nicht Descendenten sind, nicht unbedingt über, sondern der Vater bez. die Mutter erhalten davon den sovielsten Theil, als ihnen im Ehevertrag für den Fall der Auflösung der Ehe ohne Kinder zugesichert ist. Nov. 2 c. 2, Nov. 22 c. 26 pr. Löhr S. 39; anders Vangerow Nr. I. a. 4.

[6] Nov. 2 c. 2, Nov. 22 c. 26.

[7] L. 4 C. h. t., Nov. 22 c. 29. Vgl. übrigens Note 3.

[8] L. 5 § 2 l. 6 § 3 l. 8 § 1 C. h. t., Nov. 22 c. 20. 21. Aber die Enkel treten an die Stelle ihrer verstorbenen Eltern nur dann, wenn sie deren Erben geworden sind, Nov. 22 c. 21 § 1.

[9] L. 5 C. ad SC. Tert. 6. 56, Nov. 2 c. 3, Nov. 22 c. 46. 47. Diese Gesetze reden nur von der Mutter, aber bloß deßwegen, weil zur Zeit ihres Erlasses der Vater kein Intestaterbrecht neben den Geschwistern hatte. Der eigentliche Gedanke geht sehr bestimmt aus l. 10 C. Th. de mat. bon. 8. 18 hervor. A. M. Marezoll V S. 397 fg. und nach ihm Vangerow Nr. II (2) a, ferner Schirmer Erbrecht § 16 Note 53. 54, [Dernburg III § 27 Note 5]. Für die Ausdehnung auf den Vater: Seuff. Arch. XVII. 254; dawider XI. 248, XXIII. 147, XXX. 252, XXXV. 40, XXXVII. 38 (RG. Entscheid. IV S. 129), XXXIX. 221. — Vgl. noch Seuff. Arch. I. 239. Entscheid. des OAG. zu Rostock IX S. 174 fg. — Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IV S. 415 fg.

3. Der sich wieder Verheirathende kann dem neuen Ehegatten aus seinem Vermögen nicht Mehr zuwenden, als ein Kind der früheren Ehe erhält, und wenn die Kinder der früheren Ehe nicht gleiche Theile erhalten, als das wenigstbekommende Kind der früheren Ehe erhält[10]. Das Zuviel wird unter die Kinder der früheren Ehe zu gleichen Theilen vertheilt[10]. Kinder, welche sich eines Enterbungsgrundes schuldig gemacht haben, kommen auch hierbei nicht in Betracht[10]. Durch Minderung einer zu hohen dem neuen Ehegatten bestellten Dos oder Eheschenkung kann das Recht der Kinder der früheren Ehe nicht verkürzt werden[11].

4. Der sich wieder Verheirathende verliert die ihm sonst seinen Kindern, Geschwistern und Geschwisterdescendenten gegenüber für einen gewissen Fall zustehende Befreiung von der Verpflichtung zur Vermächtnißcaution[12].

5. Die sich wieder verheirathende Mutter erleidet eine Beschränkung in dem Rechte, eine einem Kinde gemachte Schenkung wegen Undankbarkeit zu widerrufen[13]. Sie verliert ferner Erziehungsrecht[14] und Vormundschaft über die Kinder, und wenn sie zur zweiten Ehe schreitet, ohne denselben einen neuen Vormund erbeten und diesem Rechnung gelegt und das Vermögen der Kinder herausgegeben zu haben, unterliegt sie den Strafen vorzeitiger Wiederverheirathung[15]. —

Diese Nachtheile können nicht durch Verfügung des vorversterbenden Ehegatten erlassen werden[16].

7. Nachtheile vorzeitiger Wiederverheirathung*.

§ 512.

Das römische Recht verhängt über die Frau, welche sich vor Ablauf der Trauerzeit wieder verheirathet, folgende Nachtheile[1]: a) die

---

[10] Nov. 22 c. 27. 28, vgl. l. 6 pr. l. 9 pr. l. 10 C. h. t. Glück S. 147 fg., Vangerow Nr. I. b, Köppen Erbrecht S. 317. 318. Seuff. Arch. II. 63, VII. 61. 62. 204, IX. 43. 173, XIII. 96, XVI. 102 2. Hälfte, XVII. 63.

[11] L. 19 i. f. C. de don. a. n. 5. 3, Nov. 22 c. 31. S. übrigens auch Bechmann Dotalrecht II S. 439—440.

[12] L. 6 § 1 C. ad SC. Treb. 6. 49, Nov. 22 c. 41. Das Nähere III § 648 Note 13.

[13] S. § 367 Note 21.

[14] S. § 514 Note 7.

[15] S. § 434 Note 5, § 437 Note 12, III § 535 Note 9.

[16] Man hat das Gegentheil behauptet wegen Nov. 2 c. 2. S. dawider namentlich Majer (Mejer) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. V S. 310 fg. [Für die Zulässigkeit des Erlasses Seuff. Arch. IX. 300, gegen dieselbe das. XXXII. 148. Für die Zulässigkeit Dernburg III § 27 Note 9.]

Infamie; b) die Frau verliert Alles, was sie von dem früheren Mann erhalten hat, an dessen Kinder, Enkel, Eltern, Großeltern, Geschwister, den Fiscus; c) sie kann durch letztwillige Hinterlassung nichts erwerben, durch gesetzliche Beerbung nichts von Verwandten über den dritten Grad hinaus; d) sie kann dem neuen Ehegatten nicht Mehr, als ein Drittel ihres Vermögens zuwenden. Die heutige Geltung dieser Strafen ist aber sehr zweifelhaft und bestritten[2].

Justinian hat diese Strafen auf die Frau ausgedehnt, welche innerhalb der Trauerzeit ein uneheliches Kind gebiert[3]. Jedoch ist es auch für diesen Fall bestritten, ob diese Strafen heutzutage vollständig zur Anwendung gebracht werden dürfen[4].

---

* Glück XXIV S. 189—202; Sintenis III S. 84, Vangerow I § 227 Anm. 2, Brinz 1. Aufl. S. 1221 fg. [2. Aufl. III S. 681 fg.].

§ 512. [1] L. 11 § 1—3 D. de his qui not. 3. 2, l. 1. 2 C. de sec. nupt. 5. 9, l. 4 C. ad SC. Tert. 6. 56, Nov. 22 c. 22. Dem Mann ist Eingehung einer Ehe innerhalb der Trauerzeit nicht verboten, l. 9 pr. D. de his qui not. 3. 2, Nov. 22 c. 22. Der Grund, weßwegen sie der Frau verboten ist, ist ein doppelter: einmal die Rücksicht auf den Anstand, sodann die Besorgniß vor Ungewißheit der Vaterschaft über ein von der Frau zu gebärendes Kind. Aus dem zweiten Grunde muß die Trauerzeit auch im Fall der Scheidung ausgehalten werden, und auch dann, wenn der verstorbene Mann aus einem besonderen Grunde nicht betrauert zu werden braucht, jedoch in diesem Falle nicht, wenn die Frau niedergekommen ist. L. 8 § 4 l. 9 C. de repud. 5. 17, l. 11 § 1—3 D. de his qui not. 3. 2. Vgl. Karlowa Zeitschr. f. RGesch. IX S. 229 fg. — Die Trauerzeit betrug bis zur l. 2 C. de sec. nupt. 5. 9 (a. 381) 10 Monate, durch dieses Gesetz ist sie auf ein Jahr gesetzt worden; das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 35 hat die zehnmonatliche Frist wiederhergestellt.

[2] Es fragt sich: a) sind sie nicht durch das canonische Recht abgeschafft? Das canonische Recht (c. 4. 5 X. de sec. nupt. 4. 21) hebt zwar unmittelbar nur die Strafe der Infamie auf, aber erklärt dabei die Ehe innerhalb des Trauerjahres im Allgemeinen für erlaubt. b) Steht nicht jedenfalls ein gemeines Gewohnheitsrecht entgegen? Vgl. einerseits: Glück S. 197 fg., Guyet Abhandl. S. 185 fg., Geiger Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX S. 228 fg., Arndts § 418 Anm. 2, Freisen Arch. f. kath. Kirchenr. LII S. 179 fg., [Dernburg II § 27 Note 10, Brinz 2. Aufl. III S. 683]; andererseits: v. Löhr Mag. f. RW. u. Gesetzg. III S. 520 fg., Sintenis Anm. 15, Vangerow Anm. 2 a. E.

[3] Nov. 39 c. 2. Vgl. übrigens Vangerow Anm. 2 Nr. 3. Entscheid. des OAG. zu Rostock IX S. 176.

[4] Es wird behauptet, daß sie auch für diesen Fall durch Gewohnheitsrecht mit Ausnahme des Verlustes des Ehegewinns beseitigt worden seien. Vgl. Glück S. 201 Note 92, Puchta § 429 a. E., Arndts § 418 a. E.

Zweites Kapitel.

Das Verhältniß zwischen Eltern und Kindern.

I. Rechtliche Bedeutung.

A. Ueberhaupt.

§ 513.

Das Verhältniß zwischen Eltern und Kindern steht, wie das eheliche, zunächst unter den Grundsätzen des Sittengesetzes, und die Rechtsregeln, welche sich auf dasselbe beziehen, haben auch hier im Ganzen und Großen keine andere Bedeutung, als die, daß durch sie das sittliche Wesen des Verhältnisses zum Ausdruck gebracht werden soll (I § 41). Im ursprünglichen römischen Recht zwar war die Auffassung des Verhältnisses zwischen Vater und Kind eine ganz andere; dem Vater wurde eine rein selbstnützige und in ihrem Umfang lediglich durch sein Interesse bestimmte Gewalt über das Kind zugeschrieben[1]. Aber diese Auffassung ist bereits im Justinianischen Recht fast vollständig überwunden und hat nur einzelne Spuren zurückgelassen, welche dann größtentheils auch in das heutige Recht übergegangen sind[2]. Das Verhältniß zwischen Mutter und Kind ist auch vom römischen Recht nie anders aufgefaßt worden, als in der zuvor bezeichneten Weise.

B. Insbesondere:

1. In Betreff der Personen*.

§ 514.

Nach der persönlichen Seite zeigt sich das Verhältniß zwischen Eltern und Kindern in folgenden Punkten wirksam.

1. Auf der Verpflichtung der Eltern und Kinder zur Liebe gegen

---

[1] Der Vater durfte das Kind sogar tödten und als Vermögensobject veräußern. Vgl. Gai. I. 55: — „quod ius proprium civium Romanorum est; fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filiis suis habent potestatem, qualem nos habemus". § 513.

[2] Keine Geltung hat heutzutage die noch im Justinianischen Rechte anerkannte Befugniß des Vaters, sein neugeborenes Kind aus Noth zu verkaufen, l. 2 C. de patribus 4. 43. — Ueber die väterliche Gewalt im Allgemeinen vgl. den Aufsatz von Heimbach im RLex. XII S. 1 fg.; über die Auffassung des älteren deutschen Rechts Kraut Vormundsch. II S. 586 fg., Stobbe IV § 250. S. auch Stölzel die väterliche Gewalt in Preußen. Berlin 1874.

* Vgl. zum Folgenden auch Stobbe IV § 252. 253, Roth II § 158—160.

einander beruht, daß sie nicht verpflichtet sind, Zeugniß gegen einander abzulegen[1].

2. Die Verpflichtung der Kinder zur Ehrfurcht und Pietät[2] gegen die Eltern hat rechtlichen Ausdruck in den Vorschriften gefunden: a) daß das Kind einen auf Arglist gestellten Anspruch gegen die Eltern nur bis zum Belange der Bereicherung geltend machen kann[3]; b) daß es von den Eltern nicht den Gefährdeeid verlangen kann[3a]; c) daß Eltern gegen die Kinder die Rechtswohlthat der Lebensnothdurft zusteht[4].[5]

3. Die Eltern haben über das Kind die Erziehungsgewalt und zum Zweck der Handhabung derselben ein Züchtigungsrecht[6]. Die Erziehungsgewalt steht aber der Mutter bei Lebzeiten des Vaters nicht in Widerspruch mit demselben zu, und nach dem Tode des Vaters nur so lange, als sie nicht zur zweiten Ehe schreitet, und nur unter der Voraussetzung daß der Vater über die Erziehung des Kindes nicht

§ 514. [1] CPO. § 348 Ziff. 3, StrPO. § 51 Ziff. 3. Vgl. l. 6 C. de test. 4. 20. „Parentes et liberi invicem adversus se nec volentes ad testimonium admittendi sunt". Bayer Vorträge S. 795, Wetzell Civilproc. § 23 Note 12.

[2] L. 4 D. de cur. fur. 27. 10, l. 1. 9. 10 D. de obseq. 37. 15.

[3] L. 2 § 1 l. 5 l. 6 l. 7 pr. § 2 D. de obseq. 37. 15. Ausnahme bei schweren Injurien: l. 7 § 3 D. de iniur. 47. 10. Die Verhaftung auf die Bereicherung in allen Fällen etgibt sich aus l. 11 § 1 l. 12 D. de dolo 4. 3. Den Eltern dürfen nicht die Schwiegereltern gleichgestellt werden: Seuff. Arch. XXXII. 48. Das römische Recht schloß auch die actiones famosae aus, l. 11 § 1 D. de dolo *cit.*, l. 2 pr. l. 5 § 1 D. de obseq. 37. 15 (vgl. I § 56).

[3a] L. 7 § 3 D. de obseq. 37. 15. Vgl. l. 34 § 4 D. de iurei. 12. 2, und dazu Arndts § 437 Anm. 1.

[4] S. § 267 Note 4 und l. 7 § 1 D. de obseq. 37. 15. Vgl. § 267 Note 14.

[5] Außer den hier genannten Sätzen gehört nach römischem Rechte noch hierher das Verbot der in ius vocatio der Eltern (und weiteren Ascendenten) ohne Erlaubniß der Gerichtsobrigkeit, dessen Verletzung mit einer Privatstrafe von 50 aurei geahndet wurde, l. 4 § 1 sqq. l. 11. 12. 15. 24. 25 D. de in ius voc. 2. 4. Dieses Verbot hatte seinen Grund in der Form der alten Privatladung, und es ist wohl nicht zu kühn, anzunehmen, daß es mit dieser bereits im Justinianischen Rechte seine Anwendbarkeit verloren habe. Vgl. l. 15 cit.: — „neque enim, qui libellum principi vel praesidi dat, in ius vocare . . . videtur", wo „vel praesidi" interpolirt ist. Freilich stimmt hierzu nicht die Aufnahme der betreffenden Stellen in die Compilation; s. auch § 12 I. de act. 4. 6, § 3 I. de poen. tem. lit. 4. 16. Vgl. Glück II S. 351 und die das. Citt., Wetzell Civilproc. § 12 Anm. 39.

[6] Mehr als Erziehungsgewalt und Züchtigungsrecht gibt auch die römische patria potestas im Resultate der Entwickelung dem Vater nicht mehr. L. 3 C. de patr. pot. 8. 46 [47], l. un. C. de emend. propinq. 9. 15, l. 16 § 2 D. de poenis 48. 19. Der Vater kann aber zur Unterstützung seiner Autorität den Richter anrufen, damit derselbe mit Strafe gegen das Kind vorgehe, l. 3 cit., l. 9 § 3 D. de off. proc. 1. 16. Vgl. übrigens auch Kraut Vormundschaft II S. 621—622, und über den Umfang der Erziehungsgewalt im Allgemeinen Burchardi Arch. f. civ. Pr. VIII S. 186 fg., Seuff. Arch. I. 81, XII. 169.

anderweitig verfügt hat[7]. Von der anderen Seite kann durch Richterspruch auch bei Lebzeiten des Vaters seine Erziehungsgewalt zu Gunsten der Mutter ausgeschlossen werden[8]. Auch im Fall der Scheidung können die Kinder dem Vater ab- und der Mutter zugesprochen werden, wobei vorzugsweise zu Gunsten des unschuldigen Theiles zu entscheiden ist[9]. — Der Erziehungsgewalt der Eltern entspricht eine Erziehungspflicht, welche sich aber rechtlich wirksam nur in der Verpflichtung zur Gewährung der zur Erziehung erforderlichen Vermögensmittel erweist[10].

4. Kinder bis zum vollendeten 25. bez. 24. Lebensjahre sollen ohne Zustimmung der Eltern keine Ehe eingehen[10a]; jedoch ist der Mangel dieser Zustimmung kein Ungültigkeitsgrund[11]. Anders beim Verlöbniß; dasselbe ist ohne Zustimmung des Vaters nichtig[12].

2. In Betreff des Vermögens.

a. Ueberhaupt.

§ 515.

In vermögensrechtlicher Beziehung zeigt sich das Verhältniß zwischen Eltern und Kindern als solches, d. h. abgesehen von der

[7] L. 1 C. ubi pup. 5. 49, Nov. 22 c. 38, l. 1 § 10 D. de insp. ventre 25. 4, l. 1 § 1 D. ubi pup. 27. 2, l. 7 D. de ann. leg. 33. 1. Die l. 1 § 1 und l. 7 citt. geben jedoch der Obrigkeit das Recht, von der Verfügung des Vaters abzuweichen, wenn das Kind bei dem vom Vater bezeichneten Erzieher schlecht aufgehoben ist. Vgl. Burchardi a. a. O. S. 167 fg. Auch im Fall zweiter Ehe kann der Richter der Mutter die Erziehung lassen. Seuff. Arch. III. 274, XXXII. 249, XXXIV. 135. Uneheliche Kinder: Seuff. Arch. XXIII. 36.

[8] L. 1 § 3 l. 3 § 5 D. de lib. exh. 43. 30. [Entsch. d. RG. XVII S. 130, XVIII S. 186 (= Seuff. Arch. XLIII. 29. 30). — Bedeutung eines zwischen den Ehegatten über die Erziehung abgeschlossenen Vertrags: Entsch. d. RG. XVII S. 129, XXI S. 160 (= Seuff. Arch. XLIII. 276).]

[9] L. un. C. divortio facto 5. 24, Nov. 117 c. 7. Burchardi a. a. O. S. 181—182, Sarwey Arch. für civ. Pr. XXXI S. 440, XXXII S. 1 fg., Sintenis III § 140 Anm. 34, [Brinz 2. Aufl. III S. 610 fg.]. Seuff. Arch. VI. 213, VIII. 269, XIV. 43, XX. 42, XXIV. 248, XXVI. 246, XXX. 39, XXXIII. 312. 313, XXXIX. 313. Provisorische Trennung der Ehe während des Scheidungsprocesses: Seuff. Arch. XXXI. 245; factische Trennung: XXXI. 244, XXXIII. 42. 314. [Entsch. d. RG. XVIII S. 187 (= Seuff. Arch. XLIII. 30.]

[10] S. § 475 Note 12.

[10a] So das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 29—32.

[11] Conc. Trid. Sess. XXIV c. 1 de reform. matr. Richter Kirchenrecht 8. Aufl. § 272, Walter Kirchenrecht § 291, [Friedberg Kirchenrecht § 141]. Das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 verweist (§ 36) in Betreff der Folgen der gegen seine Vorschriften abgeschlossenen Ehen auf die Bestimmungen des Landesrechts. — Römisches Recht: pr. I. de nupt. 1. 10, l. 2 D. de R. N. 23. 2, l. 5 C. de nupt. 5. 4; l. 1. 20 C. eod.

väterlichen Gewalt, wirksam in der gegenseitigen Alimentationsverbindlichkeit der Eltern und Kinder, ferner in der Verpflichtung der Eltern zur Erziehung und zur Ausstattung der Kinder. Von allen diesen Punkten ist bereits gehandelt worden (§ 475. 514. 493).

Weiter gehend ist die vermögensrechtliche Wirkung der väterlichen Gewalt[1]. Nach ursprünglichem römischen Recht konnte das Kind in väterlicher Gewalt nichts Eigenes haben; vielmehr erwarb es Alles, was es erwarb, dem Vater[2]. Dieser Grundsatz ist im Justinianischen Recht durch so viele Ausnahmen durchbrochen, daß die Ausnahme zur Regel geworden ist. Der daraus hervorgegangene Rechtszustand ist im Folgenden (§ 516 fg.) dargestellt. —

Auf dem zuvor bezeichneten Grundsatz des ursprünglichen römischen Rechts beruhen in letzter Linie auch zwei andere Rechte des Vaters, welche sich aber später von diesem Grundsatz abgelöst haben, und deren nähere Darstellung anderen Zusammenhängen angehört: das Recht des Vaters, dem Kinde letztwillig einen Vormund, und unter gewissen Voraussetzungen einen Erben zu ernennen (s. § 433 und III § 558. 559).

b. Recht des Vaters an dem Erwerbe des Kindes *.

§ 516.

Der Rechtszustand, welcher in dieser Beziehung im Justinianischen Rechte gilt (§ 515), ist folgender.

1. [1]An gewissen Erwerben hat der Vater gar kein Recht, sie fallen an das Kind, als wenn es der väterlichen Gewalt nicht unterworfen wäre[1a]. Diese Erwerbe sind: der Erwerb auf Grund des

---

[12] L. 7 § 1 D. de spons. 23. 1. Vgl. Glück XXIII S. 16 fg., XXXIV. 134. Richter Kirchenrecht § 289 Nr. III. Seuff. Arch. XXXII. 145.

§ 515. [1] Von der väterlichen Gewalt wird hier repräsentativ gesprochen. Das Gleiche, wie für den Vater, gilt für den Großvater ꝛc., in dessen Gewalt der Enkel ꝛc. steht.

[2] Gai. II. 86—89, Ulp. XIX. 18. 19. Das Kind war nothwendiges Erwerbsorgan des Vaters, — „patris . . voce loqui videtur“, § 13 I. de inut. stip. 3. 19, s. auch § 4 I. eod., l. 42 D. de damno inf. 39. 2.

* Witting die vermögensrechtliche Stellung des Hauskindes nach gemeinem Recht, Arch. f. prakt. RW. N. F. XI S. 16 fg. 127 fg. (1877).

§ 516. [1] Dig. 49. 17 de castrensi peculio. Cod. 12. 36 [37] de castrensi peculio militum et praefectianorum. Fitting das castrense peculium in seiner geschichtlichen Entwickelung und heutigen gemeinrechtlichen Geltung. Halle 1871. Darüber: Windscheid krit. VJSch. XIII S. 253 fg., Bruns Zeitschr. f. RGesch. X S. 179 fg.

[1a] Die römische Bezeichnung für diese Erwerbe sind: peculium castrense und quasi castrense (Note 2). Durch die Bezeichnung peculium werden sie aber

Kriegsdienstes[2]; der Erwerb auf Grund eines öffentlichen Amtes[3], ohne Unterschied zwischen Staats- und Hofamt[4]; der Erwerb auf

als Vermögen des Vaters, nicht des Sohnes, charakterisirt (a. M. Marezoll Zeitschr. für Civ. u. Pr. VIII S. 63 fg., aber aus nicht stichhaltigen Gründen), und in der That waren sie dieß ursprünglich. Das Besondere des peculium castrense (dem das peculium quasi castrense nachgebildet worden ist) bestand ursprünglich nur darin, daß der Sohn auf Grund kaiserlicher Privilegien das Recht hatte, über dasselbe testamentarisch zu verfügen. Die weitere Entwickelung war dann die, daß dem Sohn die Befugniß auch zu jeder anderen Verfügung zugestanden, und entsprechend dem Vater die Verfügungsbefugniß abgesprochen, in Folge davon aber der Sohn geradezu als paterfamilias anerkannt wurde. Pr. I. quib. non est perm. 2. 12; l. 2 C. h. t., l. 7 § 6 D. de don. 39. 5, l. 15 D. de m. c. don. 39. 6. l. 6 i. f. D. h. t., l. 4 § 1 D. h. t.; l. 12 l. 18 § 2. 3 D. h. t., l. 4 pr. D. h. t., l. 1 § 15 D. de coll. 37. 6; l. 3 C. h. t., l. 3 § 10 D. de min. 4. 4, l. 2 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 18 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2; l. 15 § 1—4 l. 19 § 1 D. h. t., l. 4 D. de iud. 5. 1, l. 2 pr. D. de contr. emt. 18. 1. Fitting S. 149 fg. Doch blieb dem Vater ein Heimfallsrecht (das Recht, das peculium als eigenes Vermögen einzuziehen) für den Fall, daß der Sohn von seiner Verfügungsgewalt keinen Gebrauch gemacht hatte, und durch einen solchen Heimfall wurden auch die von dem Vater im Voraus für den Fall des Heimfalls getroffenen Verfügungen gültig. L. 2. 9. 14 l. 17 pr. l. 18 § 1 l. 19 § 3 D. h. t., l. 5 C. h. t., l. 18 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 1 § 22 D. de coll. 37. 6. Fitting S. 256 fg. Aber auch dieses Heimfallsrecht ist dem Vater später, zuerst unter dem Einfluß des Rechts des adventicischen Erwerbes zu Gunsten der Kinder und Geschwister (pr. I quib. non est perm. 2. 12, l. 33 [34] C. de ep. et cler. 1. 3), dann durch Nov. 118 vollständig entzogen worden. Seit dieser Zeit ist das peculium castrense und das peculium quasi castrense wirkliches Vermögen des Kindes, und demnach auch die Bezeichnung peculium für dieselben nicht mehr passend. Vgl. auch Note 10. — Neuere fassen das peculium castrense und quasi castrense unter dem Ausdruck peculium militare zusammen — eine Bezeichnung, welche in l. 37 pr. [§ 1] C. de inoff. test. 3. 28 (vgl. auch l. 7 § 6 D. de don. 39. 5) einen Anhalt hat.

[2] Peculium castrense. Peculium castrense ist nach dem Wortlaut der kaiserlichen Constitutionen, auf welchen das Recht dieses Peculiums beruht, das „in castris" Erworbene (Ulp. XX. 10, pr. I. quib. non est perm. 2. 12). Hierunter ist nach der Interpretation der römischen Juristen zu verstehen Alles, „quod . . . filiusfamilias in militia adquisiit, quod, nisi militaret, adquisiturus non fuisset" (l. 11 D. h. t.), „quae in castris per occasionem militiae quaeruntur, in quibus sunt etiam hereditates eorum, qui non alias noti esse potuerunt, nisi per militiae occasionem" (l. 1 C. h. t.). S. noch l. 5. 6. 8 l. 16 § 1 l. 19 pr. D. l. 4 C. h. t.; l. 3 D. h. t. Im weiteren Sinne ist „in castris" erworben auch das einem künftigen Soldaten zu seiner militärischen Ausstattung Geschenkte (nicht also geschenkte Grundstücke). Paul. sent. III. 4 A. § 3, l. 1 C. h. t.; l. 6 D. h. t., l. 4 C. fam. erc. 3. 36. S. ferner noch l. 4 § 2 D. h, t.; l. 15 § 3 l. 19 § 1 D. h. t., l. 1 i. f. C. h. t. Nach positiver Bestimmung wird pec. castrense auch die Erbschaft von der Ehefrau aus einem Testamente, welches zu Gunsten des Haussohnes während seiner Dienstzeit errichtet worden ist, l. 13 l. 16 pr. D. h. t. Vgl. Marezoll Zeitschr. für Civ. u. Pr. VIII S. 106—116, Fitting S. 24—92. Ueber den Begriff des Soldaten vgl. Fitting S. 619 fg. — Dem peculium castrense gegenüber bilden die im Folgenden (unter dieser Nummer) bezeichneten Erwerbe das peculium quasi

Grund der Advocatur[5]; der Erwerb aus Geschenken des Landesherrn und seiner Gemahlin[6]; der Erwerb eines Geistlichen[7].[8] — Bedarf das Kind eines Vormundes, so gebührt die Vormundschaft in Betreff dieser Erwerbe zunächst dem Vater; schlägt dieser aus, so tritt obrigkeitliche Berufung ein[9].

---

castrense. Von dem letzteren handeln Marezoll a. a. O. S. 117—136, Fitting S. 398—475. — Das pec. castrense ist so alt, wie die Kaiserzeit, pr. I. quib. non est perm. 2. 12. Die für das pec. quasi castrense im Folgenden citirten Stellen sind von Constantin und den folgenden Kaisern. Andererseits wird das pec. quasi castrense auch in den Digesten erwähnt: l. 32 § 17 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 1 § 6 D. ad SC. Treb. 36. 1., l. 3 § 5 D. de B. P. 37. 1, l. 1 § 15 D. de coll. 37. 6, l. 7 § 6 D. de don. 39. 5, vgl. auch l. 52 § 8 D. pro soc. 17. 2. Sind alle diese Stellen interpolirt? Dawider Zimmern Gesch. des röm. Privatr. I. 2 § 188 Note 1. Marezoll a. a. O. S. 78 fg., Fitting S. 393 fg. Ueber l. 52 [50] D. ad SC. Treb. 36. 1 s. Note 8.

[3] L. 2 C. de privil. eor. 12. 28 [29], l. un. C. de castrensi omnium palatinorum peculio 12. 30. [31], l. 7 C. de assess. 1. 51, l. 6 C. h. t. 12. 36 [37], l. 5 C. de silentiariis 12. 16, l. 37 C. de inoff. test. 3. 28. Fitting S. 416 fg. Auch der Erwerb bloß „per occasionem" des Amtes? Dafür v. Löhr Arch. f. civ. Pr. X S. 177. 178, Fitting S. 447 fg.; dawider Marezoll a. a. O. S. 130—134, Sintenis a. a. O. Anm. 65, Vangerow I § 235 Anm.

[4] Fitting S. 632.

[5] L. 4 vgl. l. 14 C. de advocatis diversorum iudiciorum 2. 7. Hier ist ausdrücklich bestimmt, daß pec. quasi castrense werden solle, was die betreffenden Personen „ex huiusmodi professione vel ipsius occasione" erworben haben. Vgl. l. 8 C. eod. Fitting S. 431 fg.

[6] L. 7 C. de bonis quae liberis 6. 61. Fitting S. 445 fg. Vgl. Note 8 a. E.

[7] Aller und jeder Erwerb des Geistlichen, nicht bloß der Erwerb aus dem geistlichen Amte oder aus Veranlassung desselben. Geistliche im Sinne dieser Vorschrift sind auch diejenigen, welche nur die niederen Weihen empfangen haben. L. 33 [34] C. de ep. et cler. 1. 3, Nov. 123 c. 10. Fitting S. 437 fg. 455 fg. Vgl. Note 8 a. E.

[8] Ein pec. quasi castrense nehmen Manche (Marezoll a. a. O. S. 81 fg., v. Buchholtz Zeitschr. für Civ. u. Pr. XIV S. 310 fg., Sintenis Anm. 64, Vangerow I § 235 Anm.) auch im Falle der l. 52 [50] D. ad SC. Treb. 36. 1 an. Dawider mit Recht Arndts § 434 Anm., Schirmer röm. Erbr. I S. 173 Note 134, Fitting S. 404 fg. — Dieser letztere Schriftsteller nimmt (S. 641. 611 fg. 616 fg.) ein modernes Gewohnheitsrecht an, kraft dessen in das pec. quasi castrense auch der Erwerb der Notare und Aerzte, so wie jeder Erwerb aus wissenschaftlicher und künstlerischer Thätigkeit falle, dagegen nicht das vom Landesherrn ꝛc. Geschenkte (dasselbe werde pec. adventicium extraordinarium), und von dem Erwerb der Geistlichen nur der Erwerb auf Grund des geistlichen Amtes. Doch ist dieses behauptete Gewohnheitsrecht nicht genügend nachgewiesen. Vgl. Windscheid a. a. O. S. 260. Bruns a. a. O. S. 186 fg. möchte noch weiter gehen, und in das peculium quasi castrense jeden Erwerb des Haussohns aus eigener Thätigkeit einreihen. [Entsch. d. RG. XVI S. 124 (= Seuff. Arch. XLII. 218.]

[9] L. 7 C. de cur. fur. 5. 70. Vgl. § 432 Note 5.

2. Andere Erwerbe[10] fallen an das Kind nur der Substanz nach, dagegen an den Vater zum Genuß[11]. Dieß ist der Fall bei jedem Erwerbe, welcher einerseits nicht von der unter Ziff. 1 bezeichneten Art ist, andererseits nicht aus dem Vermögen des Vaters selbst gemacht wird (Ziff. 3)[12]. Außerordentlicherweise fällt auch das Ge-

[10] Cod. 6. 60 de bonis maternis et materni generis. 6. 61 de bonis quae liberis in potestate patris constitutis ex matrimonio vel alias adquiruntur et eorum administratione. — Die Neueren bezeichnen diese Erwerbe als peculium adventicium. Der Ausdruck adventicium geht darauf, daß es sich um einen Erwerb handelt, welcher nicht aus dem Vermögen des Vaters, sondern anderswoher kommt (Note 12), und hat in dieser Bedeutung, wenn er auch in der Verbindung mit peculium nicht quellenmäßig ist, doch gute Analogieen für sich (dos adventicia, s. ferner l. 28 D. reb. auct. iud. 42. 5, l. 36 pr. [§ 1] C. de inoff. test. 3. 28, und vgl. auch l. 4 § 1 D. de manum. 40. 1). Dagegen ist der Ausdruck peculium zur Bezeichnung der hier fraglichen Erwerbe nicht zu billigen, da es sich um ein Vermögen handelt, welches jedenfalls im Resultat der Entwickelung (vgl. § 517 Note 1) nicht Vermögen des Vaters, sondern Vermögen des Sohnes ist (vgl. Note 1). Wenn es in l. 3 C. de bon. quae lib. 6. 61 heißt: „ad liberos eorum eaedem res iure hereditatis, non ad patres iure peculii transmittantur", so ist das nichts als eine historische Reminiscenz (vgl. l. 1 § 1 l. 2 C. Th. de mat. bon. 8. 18, und damit l. 1 C. de bon. mat. et mat. gen. 6. 60). Abgesehen von der l. 3 C. cit. wird in der Justinianischen Compilation der Ausdruck peculium zur Bezeichnung der hier fraglichen Erwerbe überall mit Absichtlichkeit vermieden. Wenn man sich für das Gegentheil auf l. 37 pr. C. de inoff. test. 3. 28 und pr. I. quib. non est perm. 2. 12 beruft, so ist weder nothwendig, in der ersten Stelle den Ausdruck peculium paganum auf den adventicischen Erwerb mit zu beziehen, noch in der zweiten die Worte „exceptis videlicet iis" auf „peculia" zurückzubeziehen und das „iis" anders als substantivisch zu verstehen. Vgl. über die verschiedenen Ansichten einerseits Hugo im civil. Magazin V Nr. 19 und VI Nr. 4, andererseits Unterholzner Tüb. krit. Zeitschr. V S. 205—209, Marezoll a. a. O. S. 63 fg., Mühlenbruch in der Forts. von Glück XXXV S. 190 Note 28, und aus der neueren Zeit die schwer verständliche Ausführung von Dietzel Jahrb. des gem. R. III S. 60—68, zuletzt Brinz 1. Aufl. S. 1190 fg. [2. Aufl. III S. 643 fg.], Mandry das gem. Familiengüterrecht II S. 3—5, Witting a. a. O. S. 45.

[11] Gewöhnlich sagt man: an das Kind zum Eigenthum, an den Vater zum Nießbrauch, und diese Ausdrucksweise ist auch die der Quellen. Die hier gewählte empfiehlt sich aber mehr, aus dem doppelten Grunde: a) weil von Eigenthum doch nur bei körperlichen Sachen, nicht bei anderen Vermögensstücken die Rede sein kann: b) weil das Genußrecht des Vaters nicht ohne Weiteres unter die für den Nießbrauch geltenden Regeln gestellt werden darf. S. § 517 Ziff. 4 und vgl. auch Seuff. Arch. XX. 222.

[12] In dieser Allgemeinheit hat zuletzt Justinian die Regel gestellt in l. 6 C. de bon. quae lib. 6. 61. „Si quis itaque filiusfamilias vel patris sui vel avi vel proavi in potestate constitutus aliquid sibi adquisierit non ex eius substantia, cuius in potestate sit, sed ab aliis quibuscunque causis, quae ex liberalitate fortunae vel laboribus suis ad eum perveniant: eas suis parentibus non in plenum, sicut antea fuerat sancitum, sed usque ad usumfructum solum adquirat, et eorum ususfructus quidem apud patrem vel avum vel proavum, quorum in sacris sit constitutus, permaneat, dominium autem

nußrecht des Vaters weg. Hiervon, sowie näher von dem in dem einen und dem anderen Fall stattfindenden Rechtsverhältniß, im folgenden § [13].

3. Erwerbe aus dem Vermögen des Vaters fallen auch nach neuestem Recht ganz an den Vater, nicht an das Kind [14]. Daher sind namentlich Zuwendungen, welche der Vater dem Kinde aus seinem Vermögen macht, ohne rechtlichen Bestand [15]. Ausgenommen ist nach heutigem Recht, was der Vater dem Kinde zur Begründung einer selbständigen Wirthschaft und was er ihm zum Zweck der Abschichtung gibt; nicht aber die gewöhnliche Schenkung [16]. Doch wird die Schenkung dadurch, daß der Vater sie bei der Emancipation nicht

---

filiisfamilias inhaereat . . . Exceptis castrensibus peculiis . . in his enim nihil innovamus, sed vetera iura intacta servamus, eodem observando etiam in his peculiis, quae quasi castrensia peculia ad instar castrensis peculii accesserunt". S. auch § 1 I. per quas pers. 2. 9. Vorher waren nur einzelne Erwerbe dem hier bezeichneten Rechte unterworfen: die bona materna und materni generis und das lucrum nuptiale, l. 1—4 C. de bon. mat. 6. 60, l. 1—5 C. de bon. quae lib. 6. 61. — Zum adventicischen Erwerb gehört nach der ausdrücklichen Bestimmung Justinian's auch was das Kind durch seine Arbeit erwirbt. Seuff. Arch. X. 60, XII. 166. Dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß das Kind nicht aus dem Vermögen des Vaters erworben habe, in welchem Falle dieser letztere Gesichtspunkt der entscheidende ist. Kann aber nicht in diesem Falle, sowie in jedem anderen, wo das Kind durch seine Arbeit den Vater bereichert hat, dasselbe Ersatz des Werthes seiner Arbeit fordern? Es ist zu sagen: a) da das Kind die Arbeit freiwillig geleistet, also den Vater willentlich bereichert hat, so steht ihm eine Ersatzforderung nur (§ 422) nach dem Gesichtspunkte der negotiorum gestio (§ 430) oder des stillschweigenden Vertrages (§ 399 Note 14, § 404 Note 7) zu; b) der Vater ist befugt, gegen die vom Kinde im Hause nach Art des Hauses geleistete Arbeit die dem Kinde gewährte Alimentation aufzurechnen, welchem Satze l. 10 D. de obseq. 37. 15 nicht entgegensteht. Vgl. Marezoll a. a. O. S. 271 fg., Pfeiffer prakt. Ausführungen VII S. 156 fg., Kraut Vormundschaft II S. 638—640, Sintenis III § 141 Anm. 16, Brinz 1. Aufl. S. 1171 [2. Aufl. III § 459], Witting a. a. O. S. 38, Stobbe IV § 252 Nr. VII. Seuff. Arch. I. 354, VII. 196, VIII. 59, IX. 174, XV. 135, XXI. 47. Vgl. auch XXIV. 116, XXXII. 150. — Ueber andere Fragen, welche auf den Umfang des adventicischen Erwerbes Bezug haben, s. Marezoll a. a. O. S. 260 fg. 264 fg. 276 fg. 280 fg., Vangerow I § 236 Anm. 1, und vgl. im Allgemeinen auch noch Seuff. Arch. III. 271.

[13] Es kann auch abgesehen von der väterlichen Gewalt vorkommen, daß ein Vermögensstück an den Vater zu Nießbrauch, an das Kind zu Eigenthum fällt, s. z. B. Nov. 22 c. 23, Nov. 98 c. 1 (127 c. 3), Nov. 97 c. 2, Nov. 117 c. 8. Für diesen Fall gelten natürlich die besonderen Grundsätze vom adventicischen Erwerb nicht, selbst dann nicht, wenn im gegebenen Fall das Kind der väterlichen Gewalt unterworfen ist. Marezoll a. a. O. S. 249 fg., Vangerow I § 236 Anm. 1.

[14] L. 6 pr. C. de bon. quae lib. 6. 61, § 1 I. per quas pers. 2. 9.

[15] L. 1 § 1 D. pro don. 41. 6; l. 11. 17 C. de don. 8. 53 [54].

[16] S. § 484 Note 2 und 4.

zurücknimmt, oder bis zu seinem Tode nicht widerruft, rückwärts gültig[17].

4. Schlägt das Kind einen ihm angebotenen Erwerb aus, so kann der Vater denselben für sich machen[18].

§ 517*.

Die für das im vorigen § unter Ziff. 2 bezeichnete adventicische Vermögen geltenden näheren Grundsätze sind folgende.

1. Das Genußrecht, welches dem Vater an dem adventicischen Vermögen zusteht, ist ein Genußrecht nicht nach Art des Nießbrauchs, sondern ein Genußrecht nach Art des dem Eigenthümer zustehenden Genußrechts[1]. Daher ist der Vater weder an die dem Nießbraucher

---

[17] a) Nichtzurücknahme bei der Emancipation: l. 31 § 2 D. de don. 39. 5, l. 17 C. de don. 8. 53 [54]. b) Nichtwiderruf bis zum Tode: l. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16, l. 6 § 2 C. de bon. quae lib. 6. 61, l. 18 pr. C. fam. erc. 3. 36, l. 2 C. de inoff. don. 3. 29; Paul. sentent. V. 11 § 3, Vat. fr. 274. 277. 278. 281. Dieser letztere Satz hat im römischen Recht nicht von jeher gegolten, und ist wahrscheinlich erst unter dem Einfluß der entsprechenden Bestimmung für die Schenkung unter Ehegatten (§ 509 Ziff. 4) zur Anerkennung gelangt. Das ältere Recht in: l. 2 § 2 D. pro her. 41. 5, l. 1 § 1 l. 4 D. pro don. 41. 6, Vat. fr. 294–296. Ueber l. 17 C. de coll. 6. 20 f. Vangerow II S. 449 fg. (7. Aufl. S. 383 fg.) und die das. Citirten, auch in diesem Lehrbuch III § 609 Note 9. c) Convalescenz nach rückwärts: l. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16. Allerdings hat diese Stelle zunächst nur den Fall des Todes im Auge; aber der Grund ihrer Entscheidung ist doch der in der Nichtzurücknahme enthaltene Bestätigungswille. — Vgl. über das Ganze v. d. Pfordten Abhandlungen S. 187—204, Mandry das gemeine Familiengüterrecht I S. 274—288.

[18] Nach Justinian's Bestimmung in l. 8 pr. § 1. 2 C. de bon. quae lib. 6. 61. Der Satz gilt nicht bloß für Erbschaften, auf welche man ihn oft beschränkt, sondern für jeden Erwerb überhaupt. „Sancimus itaque in omnibus rebus, quae effugiunt quidem dominii adquisitionem, sed ususfructus tantummodo patri offertur . .". Sodann: — „nulla actione neque contra patrem danda, ubi adversus eius voluntatem filius hereditatem vel legatum vel fideicommissum vel aliquid quidquam ex quocunque titulo sive donationis sive contractus alterius sibi adquirere maluerit, neque adversus filium simili modo actione extendenda, ubi recusante eo pater sua auctoritate haec sibi vindicet". Marezoll a. a. O. S. 101.

* Die hierher gehörigen Titel sind bei § 516 Note 10 angegeben. — Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 92 fg. 285 fg. 362 fg., Kohler Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 248 fg., Vangerow I § 236. 237, Sintenis III S. 142—152, [Brinz 2. Aufl. III § 463. 464].

[1] L. 1 C. de bon. mat. 6. 60: — „atque ita omnia agere tamquam solidum perfectumque dominium eis adquisitum fuisset". L. 6 § 2 C. de bon. quae lib. 6. 61: — „tantummodo alienatione vel hypotheca suo nomine patribus denegata, rerum habeat parens plenissimam potestatem uti fruique his rebus . . . et gubernatio earum sit penitus impunita, et nullo modo audeat filiusfamilias . . . vetare eum . . easdem res tenere aut quomodo voluerit gubernare . .". Ursprünglich war das Recht des Vaters wirklich Eigen- § 517.

bei der Ausübung seines Rechts gezogenen Schranken[2] gebunden[3], noch zu der dem Nießbraucher obliegenden Sicherheitsleistung verpflichtet[4]. Ebensowenig kann von dem Vater verlangt werden, daß er seine Verwaltung durch Rechnungslegung rechtfertige[4], woraus jedoch nicht folgt, daß er nicht nach Beendigung seines Rechts von dem Kinde in Anspruch genommen werden könnte, wenn dieses ihm einen Verstoß gegen die Pflichten ordentlicher Vermögensverwaltung nachzuweisen im Stande ist[5]. Wegen grober Verletzung dieser Pflichten kann die Verwaltung dem Vater sogar ganz entzogen und einem Vormunde übertragen werden[5a]. An die Zustimmung des Kindes ist der Vater nur in dem einen Falle gebunden[6], wo er zum Zweck der Realisirung eines adventicischen Erwerbes oder der Abweisung eines aus demselben von einem Dritten abgeleiteten Anspruches einen Proceß

---

thumsrecht, l. 1. 2 C. Th. de mat. bon. 8. 18. Marezoll S. 285 fg., Schirmer Erbrecht S. 173 fg., Brinz 1. Aufl. S. 1191—1194. — Haben die Kinder gegen Verfügungen des Vaters über sein Genußrecht ein Einspruchsrecht auf Grund ihrer Alimentationsberechtigung? Seuff. Arch. III. 338. 342 a. E., V. 296. Vgl. Seuff. Arch. XXII. 153. Witting a. a. O. S. 26 KO. § 1 Abs. 2.

[2] S. I § 203 Note 12—14.

[3] Marezoll S. 369—371.

[4] L. 8 § 4 C. de bon. quae lib. 6. 61: — „paterna reverentia eum excusante et a ratiociniis et a cautionibus et ab aliis omnibus quae ab usufructuariis extraneis a legibus exiguntur . .“. Seuff. Arch. III. 357, XXIX. 147, vgl. XIX. 238, XX. 48. Der Vater ist daher auch nicht zur Errichtung eines Inventars verbunden. Marezoll S. 390. Seuff. Arch. XII. 44, XVII. 258.

[5] L. 1 C. de bon. mat. 6. 60: — „Parentes autem, penes quos maternarum rerum utendi fruendique tantum potestas est, omnem debent tuendae rei diligentiam adhibere“. L. 8 § 4 C. de bon. quae lib. 6. 61: — „Quodsi pater hoc facere supersederit, ipse usuras vel ex reditibus vel ex substantia sua omnimodo dare compelletur“. Und ferner: — „et omnia circa usumfructum faceret, quae nullo modo proprietatem possint deteriorem facere . .“. — Marezoll S. 388 fg. und nach ihm Vangerow I § 236 Anm. 2 Nr. 2 sind der Ansicht, daß der Vater nur in Betreff der bona materna und materni generis und des lucrum nuptiale zur Prästation von omnis diligentia juristisch verpflichtet, dagegen seine Verpflichtung in Betreff des sonstigen adventicischen Erwerbes lediglich eine moralische sei. Ihr Hauptgrund ist: weil sich eine Verhaftung wegen omnis culpa und Befreiung von Rechnungslegung (Note 4) nicht mit einander vertrage. Ich wüßte nicht, was der im Text bezeichneten Vereinigung entgegenstünde. Vgl. auch Puchta § 436. f, Sintenis a. a. O. Anm. 33, Arndts § 432 Anm. 3, Witting a. a. O. S. 26,

[5a] Arg. l. 13 § 2 C. de sent. pass. 9. 51. Glück XIV S. 383, Sintenis a. a. O. Anm. 42a, Brinz 1. Aufl. S. 1198 [2. Aufl. III S. 653]. Seuff. Arch. III. 336, VII. 198, XXIX. 147, vgl. III. 342. A. M. v. Löhr Arch. für civ. Pr. VII S. 268 Anm. 10 und X S. 179, Marezoll S. 426, Vangerow S. 443 (7. Aufl.), Seuff. Arch. II. 306. Natürlich verliert aber der Vater in diesem Fall nicht auch den Anspruch auf die Einkünfte.

[6] Vgl. im Uebrigen l. 6 § 2 C. de bon. quae lib. 6. 61 (Note 1).

zu führen hat; jedoch wird auch in diesem Falle vorausgesetzt, daß das Kind das Alter der Geschlechtsreife erreicht habe und nicht abwesend sei[7].

2. Ueber die Substanz des adventicischen Vermögens kann der Vater nicht verfügen; Veräußerungen, welche er mit demselben vornimmt, sind nichtig[8], und das Kind kann nach Beendigung des väterlichen Rechts die Nichtigkeit derselben geltend machen[9], ohne daß ihm aus der bis dahin abgelaufenen Zeit eine Verjährung entgegengesetzt werden könnte[10]. Ausnahmsweise ist dem Vater die Veräußerung gestattet: a) bei Sachen, welche dem Untergang ausgesetzt oder unnütz sind[11]; b) zur Abtragung von Schulden und Lasten, welche das Kind mit dem Erwerbe überkommen hat[12], vorausgesetzt daß sie nicht in

---

[7] L. 8 § 3 C. de bon. quae lib. 6. 61. Marezoll S. 373—388 und Vangerow I § 236 Anm. 2 Nr. 3 sind der Ansicht, daß diese Stelle nur Processe über die Erbschaft selbst (von welchem Erwerbe in der genannten Stelle vorzugsweise die Rede ist) im Sinne habe, wie z. B. querela inofficiosi testamenti, actio familiae erciscundae, hereditatis petitio, während umgekehrt die Meisten (von Neueren s. Puchta § 436. g, Arndts § 432 Anm. 3, Sintenis a. a. O. Anm. 35) die Vorschriften der Stelle von allen Processen überhaupt verstehen. Nach meiner Meinung bezieht sie sich allerdings auf die zuvor erwähnten Klagen, aber z. B. auch auf eine ererbte actio venditi oder rei vindicatio, nicht aber z. B. auf die actio locati aus einem vom Vater abgeschlossenen Miethvertrag. Vgl. Seuff. Arch. III. 272. 273, XIII. 266.

[8] L. 1. 2 C. de bon. mat. 6. 60, l. 4 l. 6 § 2 l. 8 § 5 C. de bon. quae lib. 6. 61. Diese Gesetze haben im Einzelnen nur Uebertragung des Eigenthums und Verpfändung im Auge; aber es ist keiner Frage unterworfen, daß in ihrem Sinne dem Vater auch jede Bestellung eines andern dinglichen Rechts, sowie jede Rechtsaufgabe überhaupt, untersagt ist. In Betreff der Forderungen verschiedene Ansichten in den Urtheilen bei Seuff. Arch. II. 307, X. 181, XIV. 100, XXXIII. 236, vgl. XXIX. 230; XVII. 65. Verzicht auf Erbansprüche: das. VI. 228, VII. 65. Verzicht auf ein Pfandrecht? Entsch. d. RG. X S. 151. [Vergleich: Entsch. des RG. XVI S. 123 (= Seuff. Arch. XLII. 218).] Absolute Nichtigkeit: Seuff. Arch. XIX. 161.

[9] Ueber die Frage, ob auch der Vater selbst die Nichtigkeit der Veräußerung geltend machen könne, s. I § 172a Note 2. Seuff. Arch. XIX. 161.

[10] S. I § 109 Note 5, § 182 Note 12.

[11] L. 8 § 5 C. de quae lib. 6. 61: — „exceptis videlicet rebus mobilibus vel immobilibus illis, quae onerosae hereditati sunt vel quocunque modo damnosae“.

[12] L. 8 § 4 C. de bon. quae lib. 6. 61. Diese Stelle spricht zunächst nur von Erbschaften, welche dem Kinde anfallen, aber daß sie für jeden Erwerb überhaupt verfügen will, zeigt das princ. Ueber andere Fragen vgl. Seuff. Arch. XXVI. 41. 42. 43. Zum Zweck der Abtragung neu gemachter Schulden ist dem Vater die Veräußerung nicht gestattet; er soll eben solche Schulden nicht machen. Vgl. übrigens auch Fritz Arch. für civ. Pr. XI S. 30. Ueber das Haftungsverhältniß, wenn bei Schulden der ersten Art auch ein pec. adventicium extraordinarium oder castrense oder quasi castrense vorhanden ist, vgl. dens. das. S. 37—41.

periodisch wiederkehrenden Leistungen bestehen, in welchem Fall der Vater sie aus den Einkünften bestreiten muß[13].[14] — Andererseits ist auch das Kind zu Veräußerungen des adventicischen Vermögens nicht anders als mit Einwilligung des Vaters befugt[15], und zu letztwilligen Verfügungen nicht einmal mit dieser[16].

3. Das Genußrecht des Vaters fällt weg[17]: a) wenn dem Kinde von einem Dritten etwas mit dieser Bedingung zugewendet wird[18]; b) wenn der Vater einem von dem Kinde zu machenden Erwerb seine Zustimmung verweigert[19]; c) wenn das Kind mit dem Vater zusammen gesetzlicher Erbe eines Geschwisters wird[20]; d) wenn dem Erwerbe des väterlichen Genußrechtes ein gesetzliches Hinderniß entgegensteht[20a]. In diesen Fällen hat das Kind das Erworbene zu vollem Recht[21]; nur kann es darüber nicht letztwillig verfügen[22], und im

---

[13] L. 8 § 4 C. cit.: — „si quidem tales reditus sunt, qui sufficiunt ad annalia legata, pater ex huiusmodi reditibus haec dependere compelletur".

[14] Daß der Vater auch durch die Zustimmung des Kindes die Befugniß zu Veräußerungen erlangt, sagen die Quellen nicht ausdrücklich, weil sie es als selbstverständlich voraussetzen. Die Gründe, aus welchen Marezoll S. 405 fg. und Vangerow S. 439 diesen Satz leugnen, halte ich nicht für stichhaltig. Vorausgesetzt wird natürlich Handlungsfähigkeit des Kindes oder Ergänzung derselben, wie sie bei einem nicht unter väterlicher Gewalt Stehenden erforderlich sein würde. Für die hier vertheidigte Meinung auch Seuff. Arch. VIII. 60. — Das Erkenntniß bei Seuff. Arch. III. 335 nimmt an, daß dem Vater auch dann Veräußerung erlaubt sei, wenn sie dem Kinde zu „merklichem Nutzen" gereiche.

[15] L. 8 § 5 C. de bon. quae lib. 6. 61. Daher haftet das adventicische Vermögen auch nicht für die von dem Kinde neu gemachten Schulden. Fritz Arch. f. civ. Pr. XI S. 29, vgl. aber auch S. 31. Nur für anfechtbar erklärt die ohne Einwilligung des Vaters gemachte Veräußerung das Erk. bei Seuff. Arch. XXXI. 342.

[16] L. 8 § 5 C. cit., l. 11 C. qui test. 6. 22.

[17] S. g. peculium adventicium extraordinarium oder irregulare. Marezoll S. 409—446, v. Buchholtz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV S. 281 fg., Vangerow I § 237.

[18] Nov. 117 c. 1. Seuff. Arch. III. 71. 343, XII. 43, XXXV. 41, [XLIV. 259].

[19] L. 8 pr. C. de bon. quae lib. 6. 61.

[20] Nov. 118 c. 2. Vgl. III § 572 Note 21.

[20a] S. II § 509 Note 20 a. E., III § 546 Note 4 g. E. — Ueber die, jedenfalls heutzutage unpraktische, Nov. 134 c. 11 s. Marezoll S. 418—423, v. Buchholtz S. 303—309. — Viele lassen auch in dem Falle der l. [50] 52 D. ad SC. Treb. 36. 1 ein pec. adventicium extraordinarium entstehen; vgl. § 516 Note 8. — Ueber noch andere Fälle desselben, welche man aufgestellt hat, s. Marezoll S. 423—426, v. Buchholtz S. 310—333, Vangerow S. 443, Sintenis Anm. 47.

[21] Veräußerungsbefugniß: l. 8 § 5 C. de bon. quae lib. 6. 61. Daher kann das pec. adventicium extraordinarium auch wegen der Schulden des Kindes angegriffen werden. Rechtsverhältniß den Gläubigern gegenüber, wenn das Kind zugleich ein pec. castrense oder quasi castrense hat: Fritz Arch. für

zweiten der genannten Fälle ist ihm auch zur Proceßführung die väterliche Zustimmung in dem oben bei Ziff. 1 z. E. angeführten Maße erforderlich, so jedoch daß der Vater zu dieser Zustimmung richterlich genöthigt werden kann[23]. Bedarf das Kind eines Vormundes, so ist im ersten Fall zunächst darauf zu sehen, ob nicht der Zuwendende einen Vermögensverwalter bezeichnet hat; ist dieß nicht der Fall oder lehnt der Bezeichnete ab, so hat die Obrigkeit in der Ernennung des Vormundes freie Hand[24]. In den übrigen Fällen wird zunächst der Vater zur Vormundschaft berufen; lehnt dersebe ab, so tritt obrigkeitliche Berufung ein[25].

c. Einräumung eines Sondergutes.

§ 518.

Wenn der Vater dem Kinde Etwas aus seinem Vermögen zu factisch selbständigem Haben überläßt[1], so haftet er aus den Verpflichtungen des Kindes bis zum Belange des Ueberlassenen. Hiervon ist bereits in § 484 gehandelt worden. Dagegen ist das Kind zu Veräußerungen des Ueberlassenen nicht ohne Weiteres befugt[2]; es

---

civ. Pr. XI S. 34—37. — Ohne Grund nimmt Fitting castrense peculium S. 654 Anm. 3 an, daß die l. 8 § 5 cit. sich nur auf Verwaltungsveräußerungen beziehe. — Vgl. noch Seuff. Arch. XII. 44.

[22] S. l. 11 C. qui test. 6. 22. Es ist dieß die herrschende Meinung. Vgl. Vangerow II § 428 Anm. Nr. II und die daselbst Citirten, Fitting castrense peculium S. 344 fg. 653.

[23] L. 8 pr. C. de bon. quae lib. 6. 61, welche Stelle nothwendigerweise denselben Sinn haben muß, wie § 3 eod. (Note 7). Auch hier sind übrigens die Ansichten verschieden. S. auf der einen Seite Marezoll S. 442, Vangerow I § 237 Anm. 2 Nr. 2, Sintenis a. a. O. Anm. 50, auf der andern v. Löhr Arch. f. civ. Pr. XI S. 180, v. Buchholtz S. 285.

[24] Nov. 117 c. 1. Der Zuwendende kann ausnahmsweise auch die verheirathete Mutter und Großmutter durch seine Bezeichnung zur Vormundschaft fähig machen. S. jedoch auch Heimbach Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVI S. 81—86. Sintenis Anm. 52 läßt, wenn der Zuwendende keine Bestimmung getroffen hat oder der Ernannte ausschlägt, den Vater als Vormund eintreten, mit Berufung auf l. 7 pr. C. de cur. fur. 5. 70; aber Nov. 117 c. 1 cit. spricht zu bestimmt. Vgl. noch Seuff. Arch. III. 343.

[25] L. 8 § 1 C. de bon. quae lib. 6. 61, l. 7 pr. C. de cur. fur. 5. 70. Vgl. § 432 Note 5.

[1] Das eigentliche peculium, das einzige vor der Entstehung des pec. castrense und quasi castrense (§ 516 Note 2), von den Neueren im Gegensatz zu dem s. g. peculium adventicium (§ 516 Note 10) peculium profecticium genannt (vgl. Mandry das gemeine Familiengüterrecht S. 4). — Ueber die Ansicht, daß die römischen Grundsätze über dieses peculium heutzutage unanwendbar seien, s. § 484 Note 4. § 518.

[2] Vgl. hierzu und zum Folgenden überhaupt: Marezoll Zeitschr. für Civ. u. Pr. N. F. V S. 200 fg., 232 fg., Brinz 1. Aufl. S. 1179 fg. [2. Aufl. III

bedarf dazu einer besonderen Gestattung des Vaters. Dieselbe kann aber auch stillschweigend gegeben werden, und liegt namentlich in der Einräumung der Verwaltung des Ueberlassenen[3]; nur wird eine solche Einräumung regelmäßig nicht dahin ausgelegt werden dürfen, daß dem Kinde auch Schenkungen erlaubt sein sollen[4]. — Andere rechtliche Wirkungen der Ueberlassung eines Sondergutes sind:

1) daß der Vater durch das Kind ohne Wissen und Willen Besitz erwirbt[5];

2) daß das Sondergut dem Kinde als eigenes Vermögen bleibt, wenn der Vater es bei der Emancipation nicht zurücknimmt[6]; und

3) ebenso wenn das Vermögen des Vaters vom Fiscus wegen Schulden mit Beschlag belegt wird[7].[8]

S. 625 fg.], Mandry über Begriff und Wesen des Peculium S. 57 fg. und a. a. O. S. 86—116.

[3] L. 46 D. de pec. 15. 1, l. 48 § 1 eod., l. 28 § 2 D. de pact. 2. 14, l. 34 pr. (vgl. l. 16. 23. 25) D. de nov. 46. 2, l. 84 D. de sol. 46. 3, l. 52 § 26 D. de furt. 47. 2, l. 10 C. quod cum eo 4. 26. Wenn in einigen dieser Stellen als Voraussetzung der Veräußerungsbefugniß nicht „administratio“ überhaupt, sondern „libera administratio“ bezeichnet wird, so soll damit gesagt sein, daß bei der Einräumung der Verwaltung die Veräußerungsbefugniß nicht ausdrücklich müsse entzogen worden sein. In anderen Stellen wird denn auch von administratio schlechthin, in noch anderen von administratio und libera administratio abwechselnd gesprochen. S. z. B. l. 28 § 2 D. de pact. 2. 14, l. 3 § 2 D. de SC^o^ Mac. 14. 6, l. 48 D. de pec. 15. 1. — Auch die Einräumung der Verwaltung selbst kann stillschweigend geschehen. L. 7 § 1 D. de pec. 15. 1 steht nicht entgegen; diese Stelle will nur sagen, daß die Einräumung der Verwaltung eine Willenserklärung überhaupt voraussetze (eine andere Erklärung bei Mandry a. a. O. S. 116). Vgl. auch § 354 Note 15.

[4] L. 28 § 2 D. de pact. 2. 14, l. 1 § 1 D. quae res pign. 20. 3, l. 7 pr. — § 5 D. de don. 39. 5, l. 52 § 26 D. de furt. 47. 2. Regelmäßig: l. 7 § 1. 3 D. don. 39. 5. Den Schenkungen stehen gleich andere Veräußerungen, durch welche ein bloßer Vermögensverlust herbeigeführt wird, l. 3 § 2 D. de SC^o^ Mac. 14. 6.

[5] S. I. § 155 Note 11. D. h. näher: es wird dem Vater aus dem Besitz des Kindes das Besitzrecht gegeben (I § 148 a. E.).

[6] Dieser Satz wird durch die gewöhnlich dafür angeführten l. 31 § 2 D. de don. 39. 5 und l. 17 C. eod. 8. 53 [54] nicht bewiesen: diese Stellen sprechen nur von der Convalescenz der Schenkung durch Nichtzurücknahme der Schenkung bez. des Peculiums (vgl. § 484 Note 1. 4 a. E.). Aber er folgt aus der Analogie des bei der Freilassung eines Sclaven Geltenden (§ 20 I. de leg. 2. 20, l. 53 D de pec. 15. 1, Vat. fr. 261), und ist direct anerkannt in Vat. fr. 260. Die Beschränkung in Betreff der Ansprüche, welche l. 53 cit. und Vat. fr. 260 hinzufügen, hat nur historische Bedeutung (§ 329 Note 6). — Nichtzurücknahme des Peculiums bis zum Tode des Vaters bewirkt nur, daß die dem Kinde vom Vater gemachte Schenkung (derjenige Theil des Peculiums, welcher es durch Schenkung des Vaters an das Kind geworden ist) an das Kind fällt, s. § 516 Note 17 und l. 12 C. de coll. 6. 20, § 20 I. de leg. 2. 20, Vat. fr. 261. Marezoll a. a. O. S. 241 fg.

d. Rechtsgeschäfte und andere juristische Thatsachen zwischen Vater und Kind.

§ 519.

Eine Folge der im ursprünglichen römischen Rechte geltenden Vermögensunfähigkeit des Kindes in väterlicher Gewalt war auch die, daß weder durch Rechtsgeschäfte noch durch andere juristische Thatsachen eigentliche Rechtsverhältnisse zwischen dem Vater und dem Kind erzeugt werden konnten[1]; bloß im natürlichen Sinne konnte von einer Verbindlichkeit zwischen ihnen die Rede sein[2], und nur in außerordentlichen Fällen griff die Gerichtsobrigkeit kraft ihrer Machtvollkommenheit auch zwangsweise ein[3]. Ebensowenig war ein Rechtsstreit zwischen Vater und Kind möglich[4]. — Mit der Anerkennung der Vermögensfähigkeit des Kindes ist auch diese Folge weggefallen. Rechtsgeschäfte und andere juristische Thatsachen haben jetzt der Regel nach zwischen Vater und Kind die gleiche Wirkung, wie zwischen Personen, welche durch väterliche Gewalt nicht verbunden sind[5], und nur folgende Ausnahmen gelten.

---

[7] L. 3 § 4 D. de min. 4. 4. Kämmerer Zeitschr. f. Civ. und Pr. XIV S. 93 fg., Marezoll a. a. O. S. 244 fg.

[8] Eine fernere in diesen Zusammenhang gehörige, aber heutzutage nicht mehr anwendbare Bestimmung in Nov. 81 c. 1. Marezoll Arch. f. civ. Pr. VIII S. 281—284.

[1] § 6 I. de inut. stip. 3. 19, l. 2 pr. D. de contr. emt. 18. 1, l. 52 [50] D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 7 D. de O. et A. 44. 7, l. 16 l. 17 pr. D. de furt. 47. 2. Das Kind konnte dem Vater gegenüber nicht berechtigt sein, weil es überhaupt nicht berechtigt sein konnte; es konnte dem Vater gegenüber nicht verpflichtet sein, weil sein Wille bereits in seiner Totalität dem Vater unterworfen war. S. über die verschiedenen Auffassungen v. d. Pfordten Abhandlungen S. 113 fg., Rudorff krit. Jahrb. f. deutsche RW. 1842 S. 17 fg., Schwanert Naturalobligat. S. 311 fg., Sintenis III § 141 Anm. 3, Brinz 1. Aufl. S. 1160 fg. [2. Aufl. III S. 599 fg.], Mandry das gemeine Familiengüterrecht I S. 153. 367 fg. § 519.

[2] S. unten Ziff. 2.

[3] L. 5 § 1 D. de agnosc. 25. 3, l. 19 D. de R. N. 23. 2. Vgl. l. 17 [16] § 11 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 32 pr. l. 33 D. de adopt. 1. 7, l. 92 D. de cond. 35. 1; l. 16 D. de ann. 33. 1, l. 17 D. de alim. 34. 1. Mandry a. a. O. I S. 229 fg.

[4] L. 4. 11 D. de iud. 5. 1, l. 7 § 3 D. de iniur. 47. 10.

[5] Dieß ist in den Quellen ausdrücklich anerkannt für das peculium castrense, l. 4 D. de iud. 5. 1, l. 2 pr. D. de contr. emt. 18. 1, l. 42 § 3 D. de A. v. O. H. 29. 2, l. 52 § 4—6 D. de furt. 47. 2, l. 15 § 1. 2 D. de castr. pec. 49. 17, l. 2 D. de SC° Mac. 14. 6. Es ist zwar nicht anerkannt für den adventicischen Erwerb; aber der Grund davon kann nur in der Nachlässigkeit der Compilatoren oder darin gefunden werden, daß sie die Mühe der Aenderung gescheut haben. In der That ist nach dem neuesten römischen Recht das Kind in väterlicher Gewalt als solches, abgesehen von Ausnahmefällen, ganz in gleichem Grade vermögensfähig, wie es in früherer Zeit bloß der filiusfamilias miles

1. Rechtsgeschäfte und andere juristische Thatsachen, welche darauf gerichtet sind, das Kind aus dem Vermögen des Vaters schlechthin reicher zu machen, erzeugen gar keine juristische Wirkung[6]. Doch kann in dem Abschluß eines Rechtsgeschäftes zu dem bezeichneten Zwecke möglicherweise die Einräumung eines Sondergutes oder die Vermehrung eines eingeräumten liegen[7].

2. Rechtsgeschäfte und andere juristische Thatsachen, welche eine specielle Beziehung auf ein dem Kinde eingeräumtes Sondergut haben, erzeugen nur eine natürliche Verbindlichkeit, welche, an das Sondergut gebunden[8], ihre Wirkung darin zeigt, daß sie: a) bei der Berechnung des Sondergutes activ und passiv berücksichtigt wird[9]; b) daß sie eine genügende Grundlage für Bürgschaft, Pfandrecht, Erfüllungsversprechen und Novation bildet[10].

II. Geltendmachung der elterlichen und Kindesrechte.

§ 520.

1. Ihre Erziehungsgewalt den Kindern gegenüber setzen die Eltern durch eigene Macht durch; im Nothfalle können sie auch den Richter um Unterstützung anrufen[1]. — Die vermögensrechtlichen Ansprüche

war — ja in noch höherem Grade, da ja das pec. castrense der Strenge des Rechts nach nicht aufhörte, Vermögen des Vaters zu sein; folglich müssen auch Rechtsverhältnisse zwischen dem Kinde als solchem und dem Vater in derselben Weise möglich sein, wie sie bereits früher zwischen dem filiusfamilias miles und dem Vater möglich waren. Man darf auch nicht entgegnen, daß nach neuestem Recht zwischen dem Vater und dem Kinde als solchem Rechtsverhältnisse jedenfalls nur ex causa adventicia möglich seien, wie früher zwischen dem Vater und dem filiusfamilias miles nur ex causa castrensi (l. 15 § 1. 2 D. de castr. pec. 47. 17): denn causa adventicia ist eben eine jede, die nicht castrensis oder ex re patris ist (Note 6). Uebrigens hat auch das römische Recht die Nothwendigkeit der causa castrensis für den filiusfamilias miles in Betreff der Verpflichtungen desselben nicht festgehalten, l. 52 § 5 D. de furt. 47. 2. — Das hier Gesagte ist jedoch weit davon entfernt allgemein anerkannt zu sein. Andere, und unter den Civilisten wohl die Meisten, bleiben bei dem unmittelbaren Inhalt des römischen Rechts stehen. S. die Citate § 289 Note 27. Für die gemeine Meinung auch Brinz 1. Aufl. S. 1205 fg. [2. Aufl. III S. 657 fg. 662 fg.]. Aus der Praxis: Seuff. Arch. I. 353, XIV. 44, XVII. 255, XIX. 160, XXVII. 38, XXVIII. 139, XXXII. 149; III. 333, XIII. 267; VII. 195, IX. 44. 304, XV. 30, XXVI. 138.

[6] S. § 516 Ziff. 3. Ueber die Meinung, welche für das heutige Recht auch diese Beschränkung fallen lassen will, s. § 484 Note 2 und 4.

[7] S. § 484 Note 2 und 4 a. E.

[8] L. 38 pr. § 1. 2 D. de cond. ind. 12. 6. Vgl. § 289 Note 26.

[9] S. darüber § 289 Note 24.

[10] S. § 289 Note 25.

§ 520. [1] L. 3 C. de patr. pot. 8. 46 [47]. Vgl. übrigens auch Kraut Vormundschaft II S. 621—622.

der Eltern gegen die Kinder und umgekehrt werden in der gewöhnlichen Weise durch Klage geltend gemacht[2]. — Auch dann tritt richterliche Cognition ein, wenn das Verhältniß von der einen oder von der andern Seite bestritten ist[3]. — Für das Kind kann auch die Mutter auf Anerkennung und Alimentation klagen[4]. Dabei gilt folgendes Besondere: wenn eine Frau nach der Scheidung sich schwanger fühlt und dieß dem Manne binnen eines Monats anzeigt, und der Mann darauf weder die Schwangerschaft bestreitet noch der Frau eine Aufsicht bestellt, so kann die Frau für das von ihr geborene Kind trotz der Nichtanerkennung des Mannes Alimente verlangen, bis dieser nachweist, daß das Kind nicht sein Kind sei[5].

2. Den Eltern erwächst aus dem elterlichen Verhältnisse auch gegen Dritte, welche ihnen ihre Kinder gegen deren Willen vorenthalten, ein durch Klage geschützter Anspruch auf Herausgabe der Kinder[6].

3. Fürchtet ein Mann nach der Scheidung, daß die Frau ihm

---

[2] S. z. B. l. 5 pr. D. de agnosc. 25. 3.

[3] L. 3 § 4 D. de lib. exh. 43. 30, l. 1 § 2 D. de R. V. 6. 1; l. 4 D. de lib. exh., l. 1 C. eod. 8. 8; l. 3 § 2 D. de iurei. 12. 2, l. 8 D. de prob. 22. 3.

[4] L. 1 § 16 l. 2 l. 3 D. de agnosc. 25. 3.

[5] Nach der Vorschrift des SC. Plancianum, l. 1 D. de agnosc. 25. 3. Glück XXXVIII S. 86—106, Sintenis III S. 87—88. Der Ausdruck der Quellen ist: der Mann werde zur Anerkennung gezwungen, jedoch nur was die Alimentation angehe, § 4. 14. 15 l. cit. Daß der Mann dieser Nothwendigkeit entgeht durch Bestreitung der Schwangerschaft oder Bestellung einer Aufsicht: § 4 l. c.; § 11 eod. sagt nicht das Gegentheil, und ebensowenig Paul. sentent. II. 24 § 5, in welcher Stelle die richtige Lesart ist „quo omisso" (statt „quibus missis", s. die Ausgaben von Huschke und Krüger). A. M. Glück S. 99, Sintenis Anm. 21. Möglichkeit für den Mann, sich auch von der Alimentationsverbindlichkeit durch Gegenbeweis zu befreien: l. 7 D. h. t. Anzeige binnen eines Monats nach der Scheidung: § 7. 9. 10 l. c. Durch Zurückweisung der vom Manne bestellten Aufsicht verliert die Frau wieder den bezeichneten Vortheil: § 6 l. c. Daß die unterlassene Anzeige dem Kinde keinen weiteren Schaden bringt: § 6. 8. 13. 15 l. c.

[6] Das römische Recht stellte zu diesem Ende dem Inhaber der patria potestas sowohl eine vindicatio zu Gebot (l. 1 § 2 D. de R. V. 6. 1, Brinz 1. Aufl. S. 1165 fg., a. M. Demelius Exhibitionspflicht S. 244 fg.), als zwei Interdicte, de liberis exhibendis und de liberis ducendis, von denen das zweite das erste ergänzt — Dig. 43. 30, Cod. 8. 8. Der Mutter wurde „ad instar" dieser Interdicte geholfen, l. 2. 3 C. tit. cit. Befugniß des Richters, bei Impubertät des Kindes den Proceß bis zur erreichten Pubertät auszusetzen: l. 3 § 4 D. tit. cit. Möglichkeit provisorischer Verfügung für die Dauer des Processes: l. 3 § 6 eod. Vgl. überhaupt Brinz 1. Aufl. S. 1166 fg. [2. Aufl. III § 458], Demelius a. a. O. S. 246 fg., Wendt Faustrecht S. 270 fg. Seuff. Arch. XXXVIII. 36 (RG. Entsch. X S. 113), XXXIX. 313 [Entsch. des RG. XVIII S. 186].

ein Kind, mit welchem sie schwanger geht, entziehe, so kann er verlangen, daß die Frau eine von ihm bestellte Aufsicht annehme, und wenn die Frau die Schwangerschaft bestreitet, daß die Schwangerschaft durch Sachverständige festgestellt werde. Die Weigerung der Frau wird durch Geldstrafen und Pfändung gebrochen[7].

III. Entstehung der elterlichen und Kindesrechte.

A. Durch Geburt.

§ 521.

Ein Kind hat zur Mutter die Frau, welche es geboren hat, zum Vater den Ehemann der Mutter zur Zeit der Conception. Daraus folgt, daß uneheliche Kinder keinen Vater haben[1]. Hiervon gilt jedoch nach der Vorschrift des canonischen Rechts eine Ausnahme für die aus einer putativen Ehe geborenen Kinder[2].

Ist der Vater eines Kindes selbst noch der väterlichen Gewalt unterworfen, so stehen die Rechte der väterlichen Gewalt nicht dem Vater des Kindes zu, sondern dem Vater 2c. des Vaters[3].

B. Durch Legitimation*.

§ 522.

Die Legitimation ist ein Mittel, durch welches der Erzeuger eines unehelichen Kindes[1] demselben die rechtliche Stellung eines ehelichen verschaffen kann. Die Legitimation kann erfolgen[2]:

---

[7] L. 1 pr. — § 9 D. de inspiciendo ventre custodiendoque partu 25. 4. Glück XXVIII S. 301—311. — Zu Vorsichtsmaßregeln gegen den umgekehrten Fall der Unterschiebung eines Kindes ist der Mann nur nach dem Recht des SC. Plancianum befugt, s. Note 5 und speciell l. 1 § 6 D. de agnosc. 25. 3. Dagegen ist noch eine besondere Vorschrift zu Gunsten der Erben des Mannes gegeben: sie können verlangen, daß die Wittwe, welche schwanger zu sein behauptet, sich untersuchen lasse (römisches Recht: durch Frauen, aber „dum ne qua earum dum inspicit invita muliere ventrem tangat"!) und sich bei der Geburt einer genau vorgeschriebenen Beaufsichtigung unterwerfe — bei Strafe des Verlustes der missio ventris nomine für sich und der bonorum possessio Carboniana für das Kind. L. 1 § 10—15 l. 2 D. de insp. ventre 25. 4. Glück XXXVIII S. 312—329.

§ 521. [1] S. I § 56b Note 1—4.

[2] S. a. a. O. Note 5.

[3] L. 4. 5 D. de his qui sui 1. 6, pr. I. quib. mod. ius 1. 12. [A. M. für das heutige Recht Dernburg III S. 54, ohne Beweis.]

* Glück II S. 279—338, Heimbach in Weiske's RLex. XII S. 17 fg., Stobbe IV § 257, Roth II § 153.

§ 522. [1] Ueber die Streitfrage, ob nach römischem Recht die Legitimation bloß bei Concubinenkindern zulässig gewesen sei, oder auch bei anderen unehelichen Kindern,

1) durch Eingehung der Ehe mit der Mutter[3], vor oder nach der Geburt des Kindes[3a]. Die Legitimation tritt ein durch die Eheschließung als solche, Zustimmung des Kindes vorausgesetzt[3b]. Anerkennung des Kindes durch den Ehemann ist nur erforderlich im Sinne eines Beweismittels für die Thatsache der Erzeugung[3c]; daher genügt auch stillschweigende Anerkennung[3d], und Gegenbeweis ist nicht ausgeschlossen[3e].

---

s. Schneider Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII S. 336—369, Vangerow § 254 Anm. Es ist schwer zu begreifen, wie diese Frage dem Hauptgesetz in unserer Lehre, der Nov. 89, gegenüber nur hat aufgeworfen werden können. In diesem Gesetz ist mit vollkommener Deutlichkeit entschieden, daß die leg. per oblationem curiae bei allen unehelichen Kindern zulässig sein solle (c. 1 pr. c. 2 sqq.), dagegen die leg. per subsequens matrimonium und die sich daran anschließende leg. per rescriptum principis nur bei Concubinenkindern (c. 8—10). Für das heutige Recht ist diese Beschränkung durch den Wegfall des Concubinats als Rechtsinstituts und durch c. 1. 6. 13 X. qui filii sint legitimi 4. 17 beseitigt.

[2] Außer den im Folgenden genannten Legitimationsarten kannte das römische Recht noch eine legitimatio per oblationem curiae, Nov. 89 c. 2—4. S. über dieselbe Zimmern Gesch. des röm. Privatr. I. 2. § 219 Note 20 fg. und die daselbst Citirten, Schirmer röm. Erbr. I. § 12 Note 7. Ueber die s. g. legitimatio per nuncupationem s. Note 7.

[3] L. 10. 11 C. de nat. lib. 5. 27, Nov. 74 pr., Nov. 89 c. 8. Wolf die legitimatio per subsequens matrimonium nach Justinianischem Recht. 1881. — Ueber § 13 i. f. I. de nupt. 1. 10, welche Stelle jedenfalls keinerlei sachliche Schwierigkeit zu erregen im Stande ist, s. Vangerow § 255 Anm. 3, Wolf S. 14 fg. — Das römische Recht verlangt für die Ehe dotalia instrumenta; heutzutage genügt die nach heutigem Recht vorgeschriebene Form der Ehe. Glück S. 301 fg., Wolf S. 55 fg., Seuff. Arch. XXVIII. 36. — Daß durch nachfolgende Ehe auch Kinder legitimirt werden können, welche aus Ehebruch geboren sind, ist nicht allgemein anerkannt. Der Zweifelsgrund liegt in c. 6 X. qui filii sint leg. 4. 17, welche Stelle sich aber daraus erklärt, daß nach dem Rechte ihrer Zeit die Ehe zwischen Ehebrecher und Ehebrecherin verboten war. S. namentlich Dieck Beiträge zur Lehre von der Legitimation durch nachfolgende Ehe S. 143 fg., auch Vangerow § 255 Anm. 2, Wolf S. 50 fg. Doch sind Andere in Betreff der genannten Stelle anderer Meinung, und so namentlich auch Richter Kirchenrecht § 284 a. E. Seuff. Arch. I. 352, V. 188, XIII. 43, XV. 227, XVIII. 261, XXII. 245, XXV. 137. — Ueber die sehr willkürliche Meinung, daß die Legitimation durch nachfolgende Ehe ausgeschlossen sei, wenn die Ehe zwischen den Eltern nicht zur Zeit der Zeugung möglich war, s. Thibaut Versuche I Nr. 10, Vangerow § 255 Anm. 1, Wolf S. 37 fg.

[3a] Vor der Geburt des Kindes: das Kind wird in oder nach der Ehe geboren, aber ist vor der Ehe concipirt. Dieser Fall ist sowohl in l. 11 C. cit., als in Nov. 89 c. 8 ausdrücklich berücksichtigt.

[3b] Nov. 89 c. 11. C. 6 X. qui filii sint leg. 4. 17 hat das römische Recht nicht abändern, sondern wiederholen wollen. Wolf S. 64 fg. Seuff. Arch. XI. 50, XXIV. 124. [Vgl. Dernburg III § 29 Note 8.]

[3c] Auf die Möglichkeit anderweitigen Beweises verweist Seuff. Arch. XXXVI. 174. Wolf S. 92 fg.

[3d] Seuff. Arch. XI. 10, XXI. 200, XXIV. 242.

[3e] Seuff. Arch. XXII. 287, XXXVI. 174, XL. 175. Entscheid. des OAG.

2. Hat der Vater keine ehelichen Kinder, so kann die Legitimation auch durch Erwirkung eines landesherrlichen Rescripts erfolgen[4], Zustimmung des Kindes ist auch in diesem Fall erforderlich[5]. Hat der Vater in seinem Testament erklärt, das Kind solle ehelich und sein Erbe sein, so kann auch das Kind selbst nach dem Tode des Vaters ein solches Rescript erwirken[6].

Die bloße Anerkennung macht das uneheliche Kind nicht zu einem ehelichen[7].

C. Durch Adoption*.

1. Begriff und Erfordernisse.

§ 523.

Adoption ist Annahme an Kindes Statt[1]. Die Adoption eines Menschen, welcher nicht unter väterlicher Gewalt steht, heißt speciell Arrogation[2].

---

zu Rostock IX S. 155. [Entscheid. des RG. XXII S. 223 (= Seuff. Arch. XLIV. 195.] — Anerkennung vor der Geburt: Seuff. Arch. XXII. 288.

[4] Nov. 74 pr. c. 1. 2, Nov. 89 c. 9. Diese Legitimationsart ist auf den Fall berechnet, daß die Ehe mit der Mutter dem Manne nicht möglich oder nicht zuzumuthen ist. Daß sie Abwesenheit ehelicher Kinder voraussetze, ist in den genannten Gesetzen ausdrücklich bestimmt. Wie aber, wenn der Landesherr sich über dieses Erforderniß hinwegsetzt? Für die Gültigkeit einer solchen Legitimation sind Glück S. 311. 317 fg., Puchta § 440, Arndts § 421 Anm. 3, Vangerow § 256 Anm. 1, Sintenis III § 138 Anm. 51, Schirmer röm. Erbr. I § 12 Note 5, Roth II § 153 Note 14. 15. Aber diese Meinung ist m. E. nur unter der Voraussetzung gerechtfertigt, daß der Landesherr unbeschränktes Gesetzgebungsrecht hat, so auch Stobbe IV § 257 Note 40. — Zulässigkeit dieser Legitimation bei adulterini: Seuff. Arch. III. 65, XIII. 42, XIV. 239. — S. noch Seuff. Arch. XXI. 241 (keine rückwirkende Kraft). — Ueber die s. g. legitimatio minus plena, durch welche bloß das Makel unehelicher Geburt weggenommen werden soll, s. Glück S. 284—285. 321—323, Stobbe I § 48 Note 59. 60.

[5] Nov. 89 c. 11.

[6] Nov. 74 c. 2, Nov. 89 c. 10; s. g. legitimatio per testamentum. Dieselbe ist aber nicht mehr ein Mittel zur Begründung von elterlichen und Kindesrechten, sondern ein Mittel zur Begründung von Erbrecht. Vgl. Marezoll Zeitschr. für Civ. u. Pr. I S. 78—93; dazu aber auch Vangerow § 256 Anm. 2, Sintenis Anm. 49.

[7] Man hat auf Nov. 117 c. 2 eine s. g. legitimatio per nuncupationem gegründet. Aber diese Stelle spricht jedenfalls nicht von der Erklärung, daß das Kind von dem Erklärenden erzeugt sei, sondern von der Erklärung, daß das Kind von dem Erklärenden in der Ehe erzeugt sei, und sie behandelt diese Erklärung nicht als Disposition, sondern als Zeugniß (testimonium, *μαρτυρία*), weßwegen sie auch die zu Gunsten Eines Kindes abgegebene Erklärung allen Kindern zu Gute kommen läßt, und hinzufügt, daß durch die Erklärung zu Gunsten des Kindes auch der Beweis der Ehe hergestellt sei. Seuff. Arch. V. 189, XL. 175. A. M. noch jetzt, jedoch nicht für das heutige Recht, Schirmer röm. Erbr. I § 12 Note 6. Ohne Berufung auf Nov. 117 c. 2 nimmt für die Anerkennung eines

1. Die Arrogation geschieht durch landesherrliches Rescript[3], die Adoption im engeren Sinne durch Rechtsgeschäft zwischen dem Inhaber der väterlichen Gewalt und dem Adoptivvater, welches Rechtsgeschäft in Gegenwart des Kindes zu gerichtlichem Protokoll erklärt werden muß[4]. Bei der Arrogation ist ausdrückliche Zustimmung des Kindes bez. seines Vormundes erforderlich; bei der Adoption im engeren Sinne genügt Nichtwiderspruch[5].

2. Die materiellen Erfordernisse der Adoption sind folgende[6].

a) Adoptiren können regelmäßig nur Männer; bloß ausnahmsweise wird Frauen die Adoption dann gestattet, wenn sie eigene Kinder gehabt und verloren haben; es bedarf dazu aber eines landesherrlichen Rescriptes[7]. Adoptiren kann ferner Niemand, der seinerseits unter väterlicher Gewalt steht[8]. Sodann muß der Adoptirende um mindestens 18 Jahre älter, als der zu Adoptirende[9], und darf nicht Castrat sein[10].

---

unehelichen Kindes eine constitutive Wirkung in Anspruch Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 184; anders Bähr Anerkennung S. 186 fg. (204 fg.). S. auch § 422a a. E.

* Inst. 1. 11 de adoptionibus. Dig. 1. 7 de adoptionibus *cett.* Cod. 8. 47 [48] de adoptionibus. — Schmitt die Lehre von der Adoption (1825). Glück II S. 339—391; Sintenis III § 139. Stobbe IV § 258, Roth II § 154. 155.

[1] Nach ihrer ursprünglichen Bedeutung im römischen Recht ist die Adoption nicht ein Mittel zur Begründung des Kindesverhältnisses schlechthin, sondern ein Mittel zur Begründung der väterlichen Gewalt. Das spätere römische Recht kennt aber Fälle, in denen durch die Adoption Kindesverhältniß ohne väterliche Gewalt begründet wird. Andererseits kann auch noch nach neuestem römischen Recht Jemand, welcher bereits Kind ist, zum Zweck der Begründung der väterlichen Gewalt adoptirt werden, l. 12. 41 D. h. t. Aus diesen Gründen läßt sich eine erschöpfend richtige Definition der Adoption ohne große Weitläufigkeit nicht geben. — Der Ausdruck: Annahme an Kindes Statt ist im weiteren Sinne zu verstehen; es kann Jemand auch als Enkel adoptirt werden. L. 6. 10. 11. 37. 43. 44 D. h. t., l. 23 § 1 D. de lib. et post. 28. 2. — Die Adoption ist heutzutage seltener als bei den Römern; aber sie ist nicht unpraktisch. Vgl. Glück S. 389 fg., Kraut Vormundsch. II S. 642. § 523.

[2] L. 1 § 1 D. h. t.

[3] § 1 I. h. t., l. 2 pr. D. h. t., l. 2. 6. 8 C. h. t. Aelteres Recht: Gai. I. 98. 99. Nachträgliche Genehmigung: L. Seuffert Ratihabition S. 96. 97.

[4] L. 11 C. h. t. Erklärung des Willens durch einen Andern ist unzulässig, l. 25 § 1 D. h. t. Vgl. noch Sintenis Anm. 21. — Aelteres Recht: Gai. I. 134. Vgl. Vangerow § 251 Anm.

[5] L. 5. 8. 42 D. l. 11 C. h. t., l. 5 C. de auct. 5. 59.

[6] Vgl. v. Buchholtz Abhandlungen Nr. 15, Vangerow § 249 Anm. 1.

[7] L. 5 C. h. t., § 10 I. h. t. L. 29 § 3 D. de inoff. 5. 2 ist interpolirt. Vgl. überhaupt Lang Arch. f. civ. Pr. XXI S. 451—454.

[8] Es kann aber mit seiner Zustimmung durch seinen Vater ꝛc. ein Kind adoptirt werden, § 7 I. h. t., l. 6. 10. 11 D. h. t.

[9] § 4 I. h. t., l. 40 § 1 D. h. t. Als Grund wird angegeben, daß „adop-

b) Nicht adoptirt werden können uneheliche Kinder durch den Erzeuger[11].

c) Die Adoption kann nicht auf Zeit geschehen[12], und kann nicht wiederholt werden[13].

d) Die Arrogation[13a] speciell wird, abgesehen von besonderen Umständen, nicht bewilligt, wenn derjenige, welcher arrogiren will, eigene Kinder hat[14], oder noch in der Lage ist, sich eigene Kinder zu erzeugen[15]; außerdem wird es nicht gestattet, mehr als Einen zu arrogiren[16]. Vor Allem aber wird darauf gesehen, ob nicht die Interessen des zu Arrogirenden unter der Arrogation leiden, und mit besonderer Sorgfalt wird diese Untersuchung gepflogen, wenn es sich um Arrogation eines Unmündigen handelt[17].[18]

2. Wirkung.

§ 524.

Es ist zu unterscheiden zwischen der Adoption durch einen Mann und der Adoption durch eine Frau.

---

tio . . naturam imitatur". S. auch l. 16 D. h. t. Dieß ist aber kein durchgreifendes Princip, l. 2 § 1 l. 30 l. 37 l. 40 § 2 D. h. t.

[10] § 9 I. h. t. Andere Zeugungsunfähige sind nicht ausgeschlossen, l. 2 § 1 l. 30 l. 37 l. 40 § 2 D. h. t. Vgl. Vangerow a. a. O. Nr. 1.

[11] Nov. 74 c. 3, Nov. 89 c. 7. 11 § 2. Vangerow Nr. 5, Sintenis Anm. 18. A. M. Roth § 154 Note 16, [Dernburg III § 30 Note 12], Seuff. Arch. XIX. 159, XXVI. 137. [Vgl. Entsch. d. RG. VI S. 171.]

[12] L. 34 D. h. t.: — „nec enim moribus nostris convenit, filium temporalem habere".

[13] L. 37 § 1 D. h. t. Vgl. l. 12 l. 41 eod., l. 23 pr. D. de lib. et post. 28. 2.

[13a] Gegen die Ausdehnung der im Folgenden genannten Bestimmungen auf die Adoption im engeren Sinne s. Vangerow § 249 Anm. 1 a. E., Sintenis Anm. 24.

[14] L. 17 § 3 D. h. t.

[15] Als Lebensgrenze wird das 60. Jahr bezeichnet. L. 15 § 2 D. h. t., l. 17 § 8 eod. Seuff. Arch. XXVI. 247.

[16] L. 15 § 3 D. h. t.

[17] Im Einzelnen wird gesehen: a) auf den Grund der Arrogation, und deßwegen wird speciell dem Vormund die Arrogation nicht vor abgelegter Vormundschaftsrechnung gestattet, § 3 I. h. t., l. 17 pr. § 1 vgl. l. 32 § 1 D. h. t.; b) auf die Moralität desjenigen, welcher arrogiren will, sowie auf seine Vermögensverhältnisse, l. 17 § 2. 4 D. h. t. — Die Quellen sprechen nur vom impubes; aber es ist gewiß gerechtfertigt, ihre Bestimmungen auf den minor zu übertragen, welcher heutzutage ebenso nothwendig unter Vormundschaft steht, wie der impubes.

[18] L. 38 D. h. t. „Adoptio non iure facta a principe confirmari potest". L. 39 eod. Vgl. dazu Sintenis Anm. 34.

1. Die Adoption durch einen Mann hat entweder die volle Wirkung, oder sie hat die volle Wirkung nicht[1].

a) Die volle Wirkung tritt ein: bei der Arrogation immer; bei der Adoption im engeren Sinne nur dann, wenn das Kind entweder einem leiblichen Ascendenten, oder einem Fremden von seinem Großvater bei Lebzeiten seines Vaters in Adoption gegeben wird[2].

b) Die volle Wirkung der Adoption besteht darin, daß das Kind zum Vater in das rechtliche Verhältniß eines von ihm Erzeugten tritt[3]. Namentlich wird dadurch auch die väterliche Gewalt mit den ihr eigenthümlichen vermögensrechtlichen Folgen begründet[4]. Doch vermag die Arrogation eines Geschlechtsunreifen für den Fall, daß derselbe vor erreichter Geschlechtsreife stirbt, sein Vermögen denjenigen Personen nicht zu entziehen, welche es ohne die Arrogation erhalten haben würden, und der Vater muß für die Herausgabe des Vermögens an diese Personen Sicherheit stellen[5]. — Zu den Verwandten

---

[1] S. g. adoptio plena — minus plena. Die adoptio minus plena ist erst durch Justinian in l. 10 C. h. t. eingeführt worden. § 524.

[2] L. 10 C. cit., § 2 I. h. t. S. darüber v. Löhr Magaz. f. RW. u. Gesetzgeb. III. 11, Lang Arch. f. civ. Pr. XXI S. 419 fg., Vangerow § 250 Anm., Sintenis Anm. 20. Der im Text bezeichnete zweite Fall ist enthalten in § 4 der cit. l. 10. Stirbt der Vater ꝛc. bei Lebzeiten des Enkels ꝛc., so wird dadurch die adoptio plena zu einer minus plena. Vgl. v. Löhr S. 393. 394, Lang S. 429 fg., Vangerow a. a. O. Nr. 3. — Ueber die Frage, ob die Regel auch für den Fall gilt, wo der in Adoption gebende Vater selbst ein Adoptivvater ist, s. v. Löhr S. 391 Note 3, Büchel Streitfragen aus Nov. 118 S. 39 Note 6. Vangerow a. a. O. Nr. 2, Schirmer röm. Erbr. I § 11 Note 10.

[3] Daher nimmt das Kind den Namen und Stand des Adoptivvaters an, l. 13 D. h. t. Jedoch: „per adoptionem dignitas non minuitur, sed augetur", l. 35 D. h. t. Vgl. Glück II S. 362. 390.

[4] Pr. § 10 I. h. t., l. 2 § 2 l. 15 pr. D. h. t., tit. I. de acquis. per arrogationem 3. 10. Ueber die Behauptung, daß bei der Adoption im engeren Sinne der Adoptivvater nicht den Nießbrauch am Vermögen des Kindes erwerbe (v. Wening-Ingenheim Zeitschr. f. Civ. u. Pr. S. 345 fg., Marezoll XIII S. 172 fg. 212 fg., Sintenis III § 139 Anm. 39, Arndts § 433 Anm. 4) s. Fuhr in Fuhr und Hoffmann civ. Versuche Nr. 2, Vangerow I § 236 Anm. 3.

[5] L. 17 § 5 — l. 22 D. h. t., § 3 I. h. t. Dieser Satz war im älteren römischen Recht wichtiger, als er im neueren ist, wo das Vermögen des Arrogirten nicht mehr Eigenthum der Arrogirenden, sondern peculium adventicium wird. Doch ist er auch für das heutige Recht nicht ohne Bedeutung: er schließt jedes Erbrecht des Arrogirenden aus und bewirkt, daß derselbe das pec. adventicium nach dem Tode des Kindes unbedingt herausgeben muß (vgl. § 525 Note 21); er hält eine von dem früheren Vater für das Kind gemachte Pupillarsubstitution aufrecht; er verpflichtet endlich den Arrogirenden zu einer Sicherheitsleistung, von welcher der Vater sonst frei ist (§ 517 Note 4). Die Sicherheit (Bürgschaft) wurde nach römischem Recht „personae publicae, h. e. tabulario" (§ 3 I. h. t., vgl. l. 18 D. h. t. und l. 3 C. de tabul. 10. 72 [69], Schirmer röm. Erbr. I § 11 Note 18), heutzutage wird sie dem Gericht bestellt. Vgl. noch

des Adoptivvaters tritt das Adoptivkind in ein Verwandtschaftsverhältniß, soweit sie Agnaten des Vaters sind[6], jedoch nur für die Dauer der Adoption[7].

c) Wo die Adoption nicht die volle Wirkung hat, erzeugt sie zwischen dem Adoptivvater und dem Adoptivkinde nicht das Verhältniß der väterlichen Gewalt, sondern nur ein natürliches Kindesverhältniß, welches aber kein Notherbenrecht des Adoptivkindes gegen den Adoptivvater, und zwischen dem Adoptivkinde und den Verwandten des Adoptivvaters kein für das Erbrecht irgendwie in Betracht kommendes Verwandtschaftsverhältniß begründet[8].

2. Die Adoption durch eine Frau bringt das Kind in die rechtliche Stellung eines von ihr geborenen Kindes, begründet aber kein Verwandtschaftsverhältniß zwischen dem Adoptivkinde und ihren Verwandten[9].

IV. Beendigung der elterlichen und Kindesrechte.

§ 525.

1. Die Pflicht der Kinder zur Ehrfurcht und Pietät gegen die Eltern dauert fort, so lange die Eltern leben. Ebenso erstreckt sich

---

Schirmer a. a. O. S. 203. 204, Sintenis III § 175 Anm. 7. — Ueber den Anspruch des arrogirten impubes auf die s. g. quarta D. Pii s. III § 574. 593.

[6] L. 23 D. h. t., l. 1 § 4 D. unde cogn. 38. 8, l. 4 § 10 D. de gradibus 38. 10. Sintenis Anm. 35 läßt das Adoptivkind in Verwandtschaft nur zu den in der Gewalt des Adoptivvaters befindlichen Descendenten desselben treten. S. dagegen Schirmer röm. Erbr. I § 12 Note 26. Vgl. III § 571 Note 6.

[7] L. 13 D. h. t., § 10 I. de her. quae ab int. 3. 1, Gai. II. 136. Anders im Begriff der Eheverbote: l. 14 pr. § 1 l. 55 pr. D. de R. N. 23. 2. Vgl. auch Schirmer röm. Erbr. I § 11 Note 27.

[8] L. 10 C. h. t. Diese Stelle steht ganz auf dem erbrechtlichen Standpunkt, und nur in Zusammenhang mit dem, was sie über das Erbrecht bestimmt, fügt sie hinzu, daß der minus plene adoptatus nicht für den Adoptivvater, sondern für den leiblichen Vater erwerben solle, wie er ja auch in seiner Familie das volle Erbrecht behalte. Daß zwischen ihm und dem Adoptivvater kein Respectsverhältniß eintreten solle, hat sie gewiß nicht bestimmen wollen, und deßwegen ist auch nicht anzunehmen, daß sie die gegenseitige Alimentationsverbindlichkeit habe ausschließen wollen; ebensowenig wahrscheinlich ist es, daß sie das Adoptivkind der Erziehungsgewalt des Adoptivvaters habe entziehen wollen, womit doch offenbar gegen die Intention der Parteien verstoßen werden würde. S. auch Burchardi Arch. f. civ. Pr. VIII S. 183, Sintenis III S. 127. Daß die adoptio minus plena ein Ehehinderniß in gleichem Maaße begründet, wie die adoptio plena, führt aus Lang Arch. f. civ. Pr. XXI S. 419 fg.

[9] Das Erste folgt aus l. 5 C. h. t.: — „et eum perinde atque ex te progenitum ad vicem naturalis legitimique filii habere permittimus“. Von der anderen Seite spricht das Gesetz auch nur von dem Verhältniß zwischen dem Kinde und der Adoptivmutter, und für eine ausdehnende Auslegung ist kein Anhalt vorhanden. Lang a. a. O. S. 454, Schirmer röm. Erbr. I § 11 Note 22.

die gegenseitige Alimentationsverbindlichkeit der Eltern und Kinder über das ganze Leben[1].

2. Die Erziehungsgewalt der Eltern hört auf, sobald die Kinder der Erziehung entwachsen sind[2]. Außerdem kann die Erziehungsgewalt den Eltern wegen Pflichtverletzung oder Unfähigkeit durch Richterspruch entzogen werden[3]. Ferner verliert der Vater sie, wenn ihm die väterliche Gewalt zur Strafe genommen wird[4], die Mutter durch Wiederverheirathung[5]. Endlich hört die Erziehungsgewalt der Eltern durch Adoption des Kindes auf[6].

3. Die väterliche Gewalt nach ihrer vermögensrechtlichen Seite[7] hat folgende Beendigungsgründe[8].

a) Emancipation, d. h. Entlassung des Kindes aus der väterlichen Gewalt durch Willenserklärung des Vaters[9]. Die Emancipation darf

---

[1] Gilt dieß auch für Adoptivkinder nach aufgelöster väterlicher Gewalt? § 525.
S. einerseits l. 13 D. de adopt. 1. 7, andererseits l. 14 pr. l. 55 pr. D. de R. N. 23. 2, und vgl. Puchta § 445 Nr. 2 a. E. Seuff. Arch. IX. 303.

[2] Dieser Satz ist in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt, aber folgt aus der Natur der Sache. Vgl. Stobbe IV S. 323. S. jedoch auch Kraut Vormundsch. II S. 665.

[3] L. 1 § 3 l. 3 § 5 D. de lib. exh. 43. 30. S. auch l. 5 D. si a parente 37. 12. Diese Stellen sprechen nur von dem Vater; aber es kann keinem Zweifel unterliegen, daß für die Mutter nach dem Tode oder bei sonstigem Ausschluß des Vaters das Gleiche gelten muß. S. auch l. 1 C. ubi pup. 5. 49. Seuff. Arch. XXXVI. 203.

[4] S. Note 18. Burchardi Arch. f. civ. Pr. VIII S. 270.

[5] L. 1 C. ubi pup. 5. 49, Nov. 22 c. 38. Doch bleibt es der Obrigkeit, welche lediglich das Beste des Kindes zur Richtschnur zu nehmen hat, unbenommen, die Mutter in der Erziehung zu erhalten. Val. Glück XXIV S. 206, Rudorff Vormundsch. II S. 253, Sintenis III § 140 Anm. 15.

[6] Durch die Arrogation und die adoptio plena wird das Kind einer fremden väterlichen Gewalt unterworfen, welche die Erziehungsgewalt sowohl des bisherigen Vaters als der Mutter ausschließt. Ueber adoptio minus plena und die Adoption durch eine Frau s. § 524 Note 8. 9. — Die Emancipation hebt die Erziehungsgewalt des Vaters nicht auf, weil er sich durch dieselbe seiner Erziehungspflicht nicht entledigen kann.

[7] Soweit die väterliche Gewalt Erziehungsgewalt ist, gelten von ihr die Grundsätze unter Ziff. 2.

[8] Die gleichen Beendigungsgründe hat natürlich die Gewalt des Großvaters ꝛc. Nur wird durch die Beendigung der Gewalt des Großvaters ꝛc. das Kind nicht nothwendigerweise gewaltfrei. Pr. I. quib. mod. ius 1. 12, l. 5 D. de his qui sui 1. 6, l. 10 D. de adopt. 1. 7. Vgl. Arndts § 427.

[9] Die Emancipation ist in Deutschland nicht unanwendbar, aber selten. Sie war bei den Römern berechnet auf den Fall, wo das Kind die Möglichkeit erlangt hatte, für sich selbst zu sorgen, und damit hört heutzutage die väterliche Gewalt von selbst auf. Vgl. Glück II S. 432, Kraut Vormundschaft II S. 643, Stobbe § 260 Nr. I, Roth § 170 Nr. III. Seuff. Arch. III. 268.

nicht formlos[10], sondern muß entweder vor Gericht in Gegenwart des Kindes[11] oder durch Erwirkung eines landesherrlichen Rescriptes geschehen; im letzten Falle muß das Kind, wenn es nicht noch im Kindesalter ist, seine Zustimmung hinterher vor Gericht erklären[12]. In gewissen Fällen kann der Vater zur Emancipation gezwungen werden[13]. Andererseits kann er Wiederaufhebung der Emancipation begehren, wenn das Kind sich gröblich gegen ihn verfehlt[14]. Durch die freiwillige Emancipation verliert der Vater den Nießbrauch an dem bis dahin erworbenen Vermögen des Kindes nur zur Hälfte[15].

b) Hingabe des Kindes in volle Adoption[16]. Gibt der Vater sich selbst in Adoption, so geht die Gewalt über seine Kinder auf den Adoptivvater über[17].

c) Von selbst hört die väterliche Gewalt auf:

α) zur Strafe des Vaters wegen Aussetzung des Kindes und wegen Verkuppelung der Tochter[18];

---

[10] L. 3 C. de emanc. 8. 48 [49]. Stillschweigende Emancipation? L. 1 C. de patr. pot. 8. 46 [47], l. 25 D. de adopt. 1. 7. Vgl. Arndts § 426 Anm. 3, Heimbach in Weiske's RLex. VIII S. 34 Note 164.

[11] S. g. emancipatio Iustinianea. L. 6 C. de emanc. 8. 48 [49], § 6 I. quib. mod. ius 1. 12. Aelteres Recht: Gai. I. 132, Ulp. X. 1.

[12] S. g. emancipatio Anastasiana. L. 5 C. de emanc. 8. 48 [49]. — Im ersten Fall (Note 11) liegt die Zustimmung des Kindes in seinem Nichtwiderspruch. Gegen den Willen des Kindes kann die Emancipation nicht erfolgen, Paul. sentent. II. 25 § 5, Nov. 89 c. 11 pr. Die Behauptung, daß diese Regel bei Adoptivkindern eine Ausnahme erleide, läßt sich aus l. 10 pr. C. de adopt. 8. 47 [48], § 3 I. eod. 1. 11, l. 132 pr. D. de V. O. 45. 1, auf welche Stellen man diese Ausnahme gestützt hat, nicht rechtfertigen. v. Buchholtz Abhandl. Nr. 17, Sintenis III § 139 Note 63, s. auch Puchta § 445. h; a. M. Vangerow I S. 480.

[13] Nämlich: a) wegen Mißbrauchs der väterlichen Gewalt, l. 5 D. si quis a par. 37. 12; b) wenn er etwas angenommen hat, was ihm mit der Auflage der Emancipation zugewendet worden ist, l. 92 D. de cond. 35. 1; c) wenn der adoptirte Geschlechtsunreife nach erlangter Geschlechtsreife nachweist, daß ihm die Adoption unzuträglich sei, l. 32. 33 D. de adopt. 1. 7; d) im Fall der l. 16 D. de cur. fur. 27. 10. Vgl. überhaupt Vangerow I § 257 Anm. Nr. 1.

[14] L. un. C. de ingr. lib. 8. 49 [50].

[15] S. g. praemium emancipationis. L. 6 § 3 C. de bon. quae lib. 6. 61, § 2 I. per quas pers. 2. 9. Vgl. Marezoll Zeitschr. für Civ. u. Pr. XIII S. 100—200. Zweifel an der heutigen Gültigkeit des praemium emancipationis: Kraut Vormundsch. II S. 665—667. Vgl. Seuff. Arch. XXVII. 144.

[16] § 6 I. quib. mod. ius 1. 12, § 2 I. de adopt. 1. 11. Ueber die Behauptung, daß der Nießbrauch an dem zur Zeit der Adoption vorhandenen Vermögen dem leiblichen Vater verbleibe, s. § 524 Note 4.

[17] L. 2 § 2 l. 15 pr. l. 40 pr. D. de adopt. 1. 7.

[18] L. 2 C. de infant. expos. 8. 51 [52] (c. un. X. de inf. expos. 5. 11); l. 6 C. de spectac. 11. 41 (l. 12 C. de episc. aud. 1. 4). A. M. v. Buchholtz Abhandl. Nr. 16; vgl. Sintenis § 143 Anm. 8. Das Reichsstrafgesetzbuch

β) wenn der Sohn die bischöfliche Würde erlangt[19];

γ) nach heutigem Recht dadurch, daß das Kind im Stande ist, sich selbst zu erhalten, und in Folge davon sich von dem Haushalt des Vaters absondert; bei der Tochter auch durch ihre Verheirathung[20].

---

kennt zwar diese Strafe der bezeichneten Delicte nicht, doch ist der Verlust der vermögensrechtlichen Vortheile der väterlichen Gewalt kaum als eigentliche Strafe zu fassen, sondern es gehört dieser Verlust eher zu den Nachtheilen, bei welchen es sich darum handelt, „die Consequenzen aus der Natur und namentlich aus der begrifflichen Gegenseitigkeit der rechtlich anerkannten Familienverhältnisse zu ziehen, d. h. demjenigen Familiengliede . ., das in wichtigen Punkten die durch die Familienstellung auferlegten Pflichten einem andern Familiengliede gegenüber außer Acht läßt, auch die rechtlichen Vortheile derselben im Verhältniß zu solchen zu entziehen." Mandry S. 258 (3. Aufl. S. 230). Dieser Gesichtspunkt fällt weg bei dem dritten Delicte, in Folge dessen das römische Recht Verlust der väterlichen Gewalt eintreten läßt, Eingehung einer blutschänderischen Verbindung, Nov. 12 c. 2. Mandry a. a. O. 259 [230]. A. M. Binding Handb. des Strafrechts I § 70 Note 17, [Dernburg III § 31 Note 6].

19 Nov. 81 c. 3. Die sonstigen Würden, welchen das römische Recht die gleiche Bedeutung beilegt (l. 5 C. de consul. 12. 3, Nov. 81 pr. c. 1, vgl. l. 66 C. de decur. 10. 32 [31]) kommen heutzutage nicht mehr vor. Vgl. Marezoll a. a. O. S. 201—203.

20 Früher sprach man in diesem Falle von einer emancipatio tacita, oder Germanica, oder Saxonica. S. über dieses Institut Kraut Vormundschaft II S. 644—667, dessen Darstellung fast wörtlich wiederholt ist von Heimbach in Weiske's RLex. XII S. 70—82, ferner Zimmermann Arch. für civ. Pr. L S. 158 fg. (1867). Stobbe IV § 260 Nr. II, Roth II § 170 Nr. IV. — Besondere Fragen: 1) Hört die väterliche Gewalt auch dadurch auf, daß das Kind sich zwar von dem Haushalt der Eltern trennt, aber für sich keine besondere Wirthschaft begründet, sondern z. B. als Dienstbote, Handwerksgeselle, Handlungsgehülfe ꝛc. sich seinen Unterhalt erwirbt? Diese Frage ist ohne Zweifel zu bejahen, und daher der Ausdruck, welchen man der Regel gewöhnlich gibt: die väterliche Gewalt höre auf durch Begründung einer separata oeconomia, zu enge. Doch muß sowohl die Trennungsabsicht des Kindes, als die von ihm gewonnene selbständige Stellung keine bloß vorübergehende sein, obgleich andererseits einzelne zur Erleichterung gewährte Zuschüsse des Vaters nicht schaden. Kraut S. 657, Zimmermann S. 169—178, Stobbe S. 3 Nr. 2, Seuff. Arch. III. 269 Nr. 1 und 3, III. 339, XI. 51, XII. 168, XVII. 267, XXVI. 138, XL. 119. Bl. für RAnw. zun. in Bayern XXXV S. 346 fg. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1865 Nr. 52. 2) Hört die väterliche Gewalt auch bei der Tochter dadurch auf, daß sie auf Grund eigener Subsistenzmittel sich von dem väterlichen Haushalt trennt? Es ist kein Grund vorhanden, diese Frage zu verneinen. Kraut S. 658 fg., Zimmermann S. 176—177, Stobbe Nr. 4, Roth Note 18, Seuff. Arch. III. 269 Nr. 4. 3) Wird die Tochter durch die Verheirathung als solche von der väterlichen Gewalt frei, oder nur dann, wenn mit derselben Anlegung eines besonderen Haushaltes verbunden ist? Für die erstere Meinung mit der Mehrzahl der Juristen Kraut S. 600 fg., Zimmermann S. 178—179, Stobbe S. 397, Roth Note 26, Appelius Arch. für prakt. RW. N. F. XII S. 76 fg., Seuff. Arch. XXIX. 148; für die letztere Seuff. Arch. III. 270. 4) Wird auch der Sohn durch bloße Verheirathung von

δ) Daß die väterliche Gewalt auch durch den Tod des Vaters aufhört, versteht sich von selbst. Dagegen wird durch den Tod des Kindes der Nießbrauch des Vaters am Vermögen desselben nur dann aufgehoben, wenn der Vater dieses Vermögen ganz oder theilweise erbt[21].

Drittes Kapitel.

Die Vormundschaft*.

§ 526.

Wenn ein Kind den elterlichen Schutz in einem Lebensalter verliert, in welchem es selbst für sich zu sorgen noch nicht im Stande ist[1], so ist es Recht und Pflicht der obervormundschaftlichen Behörde, diejenige Person zu bestimmen, welcher die Erziehung des Kindes übertragen werden soll[2]. In Ermangelung einer solchen Bestimmung hat der für das Vermögen des Kindes bestellte Vormund sich auch der Person desselben anzunehmen[3], wie es dem Vormunde auch obliegt,

der väterlichen Gewalt frei? Dafür Zimmermann S. 179 fg., Roth Note 26; dagegen Stobbe S. 398, Stölzel väterliche Gewalt § 5 Note 12. 5) Bedarf das Kind zur Trennung von dem väterlichen Haushalt eines bestimmten Alters oder der Zustimmung des Vaters? S. über diese Frage Kraut S. 649 fg. 654 fg., Zimmermann S. 156 fg. 177 fg., Stobbe Nr. 1, Roth Note 16. 17. Seuff. Arch. III. 269 Nr. 2, XVI. 58. 6) Kann der Vater auch bei dieser Beendigung der väterlichen Gewalt das praemium emancipationis zurückbehalten? Die Verneinung dieser Frage ist unzweifelhaft. Kraut S. 666. Seuff. Arch. XXVII. 144.

[21] Nov. 118 c. 1. 2. S. v. Löhr Arch. f. civ. Pr. X S. 165 fg., Marezoll a. a. O. S. 203 fg., Vangerow II § 416 Anm. 3 und die übrigen von dem Letzteren Citirten.

* Dig. 27. 2 ubi pupillus educari vel morari debeat. Cod. 5. 49 ubi pupilli educentur. — Burchardi Arch. f. civ. Pr. VIII S. 161 fg., v. Buchholtz juristische Abhandlungen Nr. 20. Glück XXX S. 215 fg. XXXII S. 155 fg. Rudorff Recht der Vormundschaft II S. 249 fg. Kraut die Vormundschaft II S. 125 fg. Böhlau Mecklenburg. Landrecht II S. 234 fg. — Hierher gehört nur die persönliche Seite der Vormundschaft; von der Vormundschaft nach ihrer vermögensrechtlichen Seite ist bereits § 432 fg. gehandelt worden. Vgl. § 432 Note 4.

§ 526. [1] Es ist nicht bloß an den Fall des Todes der Eltern zu denken, sondern auch an den Fall, wo sie unfähig oder rechtlich ausgeschlossen sind. S. l. 1 § 3 l. 3 § 5 D. de lib. exh. 43. 30 und § 525 Note 3—5.

[2] L. 1 pr. l. 5 D. h. t., l. 1 C. h. t. R. P. O. von 1577 Tit. 32 § 3 a. E.

[3] Nach der R. P. O. von 1577 Tit. 32 § 3 soll der Vormund schwören: „daß er seinen Pflegekindern und ihren Gütern getreulich und erbarlich vorseyn, ihre Personen und Güter versehen und verwahren . .“. S. auch l. 12 § 3 D. de adm. 26. 7: „cum tutor non rebus duntaxat, sed etiam moribus pupilli praeponatur“. Vgl. Stobbe IV S. 496. 497.

den von der obervormundschaftlichen Behörde bestellten Erzieher zu überwachen[4]. Bei der Auswahl des Erziehers muß die obervormundschaftliche Behörde vorzugsweise die letztwilligen Anordnungen des Vaters berücksichtigen[5]; im Uebrigen verfährt sie nach ihrem freien Ermessen[6]. Gegen Angehörige des Kindes, welche die Uebernahme der Erziehung verweigern, kann sie im Nothfall mit Zwangsmaßregeln vorgehen[7].

Für die Personen der Wahnsinnigen, Kranken und Gebrechlichen hat, soweit die Verwandten sich derselben nicht annehmen[8], der Vormund zu sorgen[9].

---

[4] S. die Stellen in Note 3.

[5] L. 1 § 1 D. h. t., l. 7 D. de ann. 33. 1, l. 1 § 10 D. de insp. ventre 25. 4. Vgl. § 514 Note 4.

[6] L. 1 § 1 l. 5 D. l. 1. 2 C. h. t.

[7] L. 1 § 2 D. l. 1 C. h. t.

[8] L. 13 § 1 l. 14 D. de off. praes. 1. 18, l. 22 § 7. 8 D. sol. matr. 24. 3. Verlassen des Wahnsinnigen ist für De- und Ascendenten Enterbungsgrund, Nov. 115 c. 3 § 15 c. 4 § 6.

[9] L. 7 pr. D. de cur. fur. 27. 10. Diese Stelle spricht nur von Wahnsinnigen; aber ihre Uebertragung auf Personen, welche wegen körperlicher Krankheit für sich selbst zu sorgen nicht im Stande sind, unterliegt keinem Bedenken.

Nachträge und Berichtigungen
zum zweiten Band.

---

§ 258 Note 17 Z. 6 v. u. Seuff. Arch. XLV. 182.
„ 258 „ 19. Seuff. Arch. XLVI. 10.
„ 264 Ziff. 2. Begriff der vorübergehenden Unmöglichkeit: Seuff. Arch. XLV. 176.
„ 264 Note 9. Gerth, der Begriff der vis maior (1890), bestreitet, daß custodia einen technischen Sinn habe. Vgl. die Nachträge zu § 384 Note 6, § 401 Note 2.
„ 291 Note 2. Für die hier vertretene Auffassung auch H. O. Lehmann die Theorie der Werthpapiere. Marburg 1890. Vgl. den Nachtrag zu § 304 Note 11.
„ 292 Note *. A. Ascoli sulle obligazioni solidali. Roma 1890. Sep.-Abdruck aus „Studi e documenti di diritto romano“, Jahrg. XI.
„ 293 Note 10. Das am Schluß der Note citirte Erkenntniß des Reichsgerichts steht im 12. Bande der Entscheidungen.
„ 304 Note 11. H. O. Lehmann in der zuvor citirten Schrift. (Die Obligation kommt zu Stande nicht durch einen obligatorischen, sondern durch einen dinglichen Vertrag, die Uebertragung des Eigenthums am Papier. In gleicher Weise wird die Obligation übertragen.)
„ 308 Note 19. Entsch. des RG. XXIV S. 64 (= Seuff. Arch. XLV. 179): Jemand kauft im Namen eines von ihm zu bestimmenden Käufers.
„ 312 Note 12. Uranitsch die Formverfügung bei Rechtsgeschäften. Wien 1890. (Oesterreichisches Recht unter Berücksichtigung des römischen und gemeinen.) — Z. 2 v. u. ist zu lesen XXXVI. 258 (statt 285). Hinzuzufügen Seuff. Arch. XLV. 241, Entsch. d. RG. IV S. 199.
„ 316a Note 14 a. E. Heck Arch. für bürgerl. Recht IV S. 19 fg.
„ 334 Note 1. Entsch. des RG. XXV S. 207 (Preußische Sache).
335 „ 14. Seuff. Arch. XLV. 177: Forderung auf Dienstleistungen aus einem mit einem Beamten abgeschlossenen Vertrag.
„ 338 Note *. R. Saleilles de la cession des dettes. Paris 1890. Abdruck aus den Annales de droit commercial français étranger et international, 1890 no. 1.
„ 338 Note 6. Saleilles a. a. O. p. 14 s.: ob durch die Acceptation des Gläubigers der alte Schuldner frei wird, ist Sache der Interpretation; durch die Schuldübernahme als solche wird er nicht frei.

§ 342 Note 14. R. Ernst die Folgen der mangelhaften Beschaffenheit der Leistung an Erfüllungsstatt nach röm. Recht, Zürich 1890. (Antinomie in den Quellen. Im Sinne des Justinianischen Rechts sei sie in der Weise zu lösen, daß der Gläubiger eine neue Leistung verlangen könne, er müßte denn nachweisen, daß ein Umsatzgeschäft beabsichtigt gewesen sei.)

„ 349 Note 10. Ludw. Goldschmidt Verhandl. des 21. deutsch. Juristentags I S. 123 fg.: ipso iure = ohne Vertrag, also auch invito creditore.

„ 368 Note 11. G. Blume Remuneratorische Schenkungen nach gem. bürgerl. Recht. Freiburger Inaug.-Dissert. 1890.

„ 370 Note *. v. Schey die Obligationsverhältnisse des österr. allgem. Privatrechts. Erster Band, erstes Heft: das Darlehen (1890).

„ 371 Note 10. Schirmer Zeitschr. der Sav.-Stift. XI S. 102 fg.

„ 378 „ 4a. Entsch. das RG. XXV S. 182.

„ 384 „ 6. Gerth der Begriff der vis maior (1890) S. 75—104. (Es gibt keinen technischen Begriff von vis maior; vis maior ist = casus; aber aus besonderen Gründen wird in besonderen Fällen die Haftung des Schuldners in besonders bestimmter Weise gesteigert; der nauta 2c. haftet ohne Schuld nur für Diebstahl und Beschädigung seiner Leute und der Passagiere. Dieß ist auch der allein richtige gesetzgeberische Standpunkt.)

„ 389 Note 18. Seuff. Arch. XLV. 245.

„ 390 „ 3a. Der Aufsatz von Hartmann steht Jahrb. für Dogm. XXII, nicht XIX.

„ 400 Note 4. Seuff. Arch. XLV. 178.

„ 401 „ 2. Horrearius: Gerth (s. Nachtrag zu § 384 Note 66) S. 69.

„ 401 „ 8. Gerth a. a. O. S. 61 fg.

„ 402 „ 8. R. Samter das Benutzungsrecht des Vermiethers bei unvorhergesehenem eigenen Bedarf. Jenaer Inaug.-Dissert. 1890.

„ 403 Note 13. Seuff. Arch. XLVI. 22.

„ 412 „ 21. Seuff. Arch. XLV. 247.

„ 412a „ 8. Seuff. Arch. XLV. 250.

„ 413 „ *. Die Inaugural-Dissertation von K. Oumé (aus Japan), la transaction en droit romain, dans l'ancien droit français, en droit français actuel, Paris 1889, enthält in ihrem ersten Theil eine gründliche Bearbeitung der Lehre des röm. R. vom Vergleich, die aber auf die deutsche Literatur keine Rücksicht nimmt.

„ 416 Note 5. Seuff. Arch. XLV. 248.

„ 424 „ 2. Entsch. des RG. XXV S. 130 (= Seuff. Arch. XLV. 187).

„ 426 „ 10. Pacchioni Bullet. dell' istituto di diritto romano III p. 42 s.

„ 430 „ 20. H. Funcke die actio funeraria, Halle'sche Inaug.-Dissert. 1890.

„ 432 „ *. Brinz 2. Aufl. III § 495 fg.

„ 441 „ 1. Seuff. Arch. XLV. 195.

„ 445 „ 3. Seuff. Arch. XLV. 193.

„ 451 „ 1. Seuff. Arch. XLV. 180.

„ 454 „ 24. Brinz 2. Aufl. III S. 788 fg.

„ 466 „ 20. Statt Seuff. Arch. XXVII. 230 ist zu lesen XXII 239. Nachzutragen: Seuff. Arch. XXXI. 41, XXXII. 16. Die citirten Erkenntnisse beziehen sich aber theilweise auf ein gerichtliches Bauverbot. Gegen die heutige Geltung der privaten O. N. N. E. Beling die gemeinrechtliche Geltung der O. N. N. Breslauer Inaug.-Diss. 1890.

„ 467 Note 6. Seuff. Arch. XLV. 183.

„ 475 „ 4a. Seuff. Arch. XLV. 251.

„ 475 „ 6. Brinz 2. Aufl. III S. 782 fg.

§ 475 Note 7. Brinz 2. Aufl. III S. 780 fg.
„ 475 „ 15. F. Meyer Gruchot's Beiträge XXXIV S. 605 fg.
„ 475 „ 22. Seuff. Arch. XLV 186.
„ 479 „ 3. Sokolowski Zeitschr. der Sav.-Stift. XI S. 278 fg.
„ 480 „ 3. Seuff. Arch. XLV. 249.
„ 502 „ 7 lit. b. c. Entsch. des RG. XXV S. 177.
„ 509 „ 21. Entsch. des RG. XXIV S. 177 (= Seuff. Arch. XLV. 193).
„ 510 „ 3. Seuff. Arch. XLV. 191.
„ 510 „ 4. Seuff. Arch. XLVI. 30 (RG.).
„ 510 „ 5. Seuff. Arch. XLVI. 29 (RG.).
„ 510 „ 12. Seuff. Arch. XLV. 192.
„ 517. Volk die Rechte des Vaters am regulären Adventizgute des Hauskindes nach gem. und bayer. R., Bl. für RAnwendung, 9. Ergänzungs-Band Nr. 1—8 (1890).
„ 525 Note 15 a. E. Dernburg III § 31 g. E. § 132 Note 4.
„ 525 „ 20 Ziff. 1. Mecklenb. Zeitschr. f. RPflege u. RWissensch. IV S. 327 fg. IX S. 222 fg. (= Seuff. Arch. XLVI. 31).

Druck von Bär & Hermann in Leipzig.